

PROCESSO - A. I. Nº 207090.0003/04-0
RECORRENTE - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS ZAPELINI LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0394-02/04
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 23/03/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0064-11/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** CONTRIBUINTE DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. A legislação tributária veda expressamente o creditamento de imposto nas aquisições de material de consumo. Infrações caracterizadas. **c)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO UTILIZADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. **d)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado pela legislação tributária o lançamento de crédito fiscal nestes casos. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração caracterizada. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. MULTAS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração na elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas e não apreciadas as arguições de inconstitucionalidade da legislação tributária. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário que teve origem no Auto de Infração, lavrado em 29/06/04, para exigir o pagamento do valor de R\$93.175,78, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$77.725,50, no período de setembro de 2001 a dezembro de 2002, referente a mercadorias destinadas a contribuintes diversos do indicado nos documentos fiscais, conforme levantamento e documentos às fls. 45 a 102.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$10,15, nos meses de março e outubro de 2002, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme levantamento e documentos às fls. 103 a 105, e 71 a 102.
3. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$4,23, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de março e outubro de 2002, conforme levantamento e documentos às fls. 103 a 105, e 71 a 102.

4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$11.052,03, nos exercícios de 2001 e 2002, relativa a aquisição de serviço de comunicação utilizado na prestação de serviço de transporte, conforme levantamento e documentos às fls. 106 a 226, e 71 a 102.
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$216,67, no mês de janeiro de 2001, referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária, conforme levantamento e documentos às fls. 227 a 270, e 71 a 102.
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2001, e janeiro a abril, junho, julho a outubro de 2002, apurada com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, sujeitando-se a multa no valor de R\$4.027,20, equivalente a 10% sobre o montante dos documentos fiscais não escriturados nos livros fiscais, conforme levantamento e documentos às fls. 271 a 312, e 71 a 102.
7. Escrituração de livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares, sujeitando à multa no valor de R\$140,00.

A 2ª JJF afasta a arguição de nulidade informando que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia. A declaração de inconstitucionalidade foge à competência da JJF, assim como quanto à multa aplicada, considerada confiscatória pelo autuado, a mesma está de acordo com a Lei nº 7.014/96. Desse modo fica evidente a não aceitação da arguição de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está acobertado de todas as formalidades legais.

No mérito, observou a JJF, inconsistência na defesa do autuado, priorizando arguições de inconstitucionalidade, utilizando-se inclusive de leis de outra unidade da Federação, que obviamente não se aplicam na Bahia. Aduz que a impugnação do autuado deveria conter provas documentais referentes à sua alegação.

Desse modo, conclui o que segue:

Infração 1 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias destinadas a contribuintes diversos do indicado nos documentos fiscais, conforme levantamento fiscal às fls. 45 a 46.

Na defesa apresentada pelo sujeito passivo foi sustentado que tem direito aos créditos fiscais glosados atinentes a combustível, pneus, câmaras e lubrificantes, pois são itens necessários e empregados na atividade de transporte como material intermediário ou mesmo insumos.

Tal assertiva prossegue a JJF, prevaleceria se a mercadoria fosse adquirida pelo autuado para seu uso. Porém um simples exame das notas fiscais acostadas aos autos, às fls. 47 a 70, atestam que os destinatários das mercadorias localizam-se em outras unidades da Federação, são outras filiais. Ficando caracterizada a infração, dada a autonomia dos estabelecimentos.

Considera assim, procedente este item da autuação.

Infrações 2 e 3 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição interestadual de material para uso e consumo do estabelecimento, e diferença de alíquotas sobre as mesmas mercadorias, conforme demonstrativo à fl. 103.

A 2ª JJF ao analisar as Notas Fiscais nºs 36833 e 2915, concluiu qu, de fato, trata-se de materiais de limpeza, peças para veículos e material higiênico, contudo inexistente qualquer prova que tais matérias são essenciais ao desenvolvimento de suas atividades, sendo seu creditamento vedado, como dispõe o art. 97, I e II do RICMS/97.

Citando o art. 7º do RICMS/97 a JJF enumera as situações em que não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, alertando que o contribuinte só não pagará a diferença de alíquotas na aquisição de insumos, o que não é o caso presente.

Infração 4 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de serviço de comunicação utilizado na prestação de serviço de transporte, conforme levantamento e documentos às fls. 106 a 226.

Argumenta a JJF, citando o art. 93, inciso II-A, alínea “b”, do RICMS/97, que tendo os fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2001 e 2002, não existe previsão legal para apropriação dos créditos fiscais dos serviços de comunicações, tornando subsistente a exigência fiscal.

A infração 5 faz referência a apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária.

Com referência a esta infração, considerada Procedente pela JJF, esta argúi o art. 346 do RICMS/97 e diz que ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Considera procedente este item da autuação, tendo em vista que de acordo com o artigo 346 do RICMS/97, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, como é o caso das notas fiscais relacionadas às fls. 227 a 270, que serviram de base para a exigência fiscal, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente.

Quanto à infração 6, inerente à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação e mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, o levantamento analítico e as respectivas notas fiscais que serviram de base para o cálculo de multa que foi aplicada encontram-se às fls. 271 a 312, e 71 a 102.

O ingresso no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação e mercadorias não tributáveis, sem o devido registro não foi negado pelo contribuinte, porém este argumenta que em se tratando de obrigação acessória seria possível a aplicação de multa pelo valor fixo, o que entende a JJF não ser possível, já que o art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96 prevê multa de 10%, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Quanto à consideração dos créditos relativos à aquisição de lonas para cobertura de cargas, poderá o recorrente requerer a repartição fazendária esta possibilidade.

Sobre a infração 7, a imputação se refere à escrituração irregular do livro Registro de Saídas, no tocante ao lançamento de CTCs sem obedecer a ordem seqüencial de sua numeração, em desacordo com o artigo 203 do RICMS/97, sendo aplicada a multa prevista no inciso XVIII, “b”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96. Quanto a esta infração sugere a JJF a manutenção deste item da autuação pelo fato do defendente ter silenciado em sua defesa.

Ante o exposto decidiu-se pela Procedência do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente argúi preliminarmente que, administrativamente, não foram analisadas as questões levantadas pela defesa, e que as questões de constitucionalidade argüidas não devem ser deixadas de lado pelo julgador administrativo, aduz que em verdade quando se diz um direito tem fundamento na Constituição, o que se afirma é que este direito não pode ser excluído pelo legislador ordinário, afirmando adiante que não devemos esquecer o reconhecimento das normas constitucionais, suficientes para o delineamento do direito subjetivo do contribuinte.

No mérito o recorrente ataca a desconstituição dos créditos, explícitos nas infrações 1 e 2, afirmando não se tratar simplesmente de créditos de mercadorias de uso e consumo, porém itens necessários e empregados na atividade de transporte, como insumo. Aduz que as transportadoras não podem ser consideradas meros consumidores dos serviços ou dos bens que utilizam, sem direito ao crédito do ICMS, uma vez que impossível se torna negar que a utilização de peças, pneus, câmaras e lubrificantes não sejam bens consumidos no desenvolvimento de suas atividades definidas em seus objetivos sociais. Continua afirmando, que a não admissão do aproveitamento dos créditos conduzirá ao reconhecimento da tributação em cascata colidindo com o que está explícito no art. 155, § 2º, I da Constituição Federal.

Afirma que a própria legislação admite créditos pela aquisição de veículos e diesel, para a prestação de serviços de transportes, sem dúvidas robustece a tese do desacerto do lançamento fiscal, isto porque, os bens citados são tão importantes para o “processo produtivo” como aqueles glosados pela fiscalização.

O recorrente insurge-se contra a aplicação da multa de 60%, afirmando ser um abuso da autoridade, pois aqui se discutem os créditos tomados e não o imposto, que foi pago, frisando que a cobrança se dá por suposta tomada irregular de créditos, e não pela empresa ter deixado de pagar o imposto devido, inexistindo prejuízo para o erário, de modo que considera demasiadamente onerosa a taxa de 60% para a multa.

Quanto ao aproveitamento na aquisição serviço de comunicação, afirma que não há no texto constitucional qualquer restrição ao direito do contribuinte de creditar-se do imposto destacado nos documentos fiscais, seja para integrar seu ativo imobilizado, ou consumido no processo produtivo, ou ainda, destinado ao uso ou consumo. Conclui afirmando, que é direito dos contribuintes, o crédito do imposto destacado nas notas fiscais de compra de todos os produtos consumidos em seu processo produtivo, inclusive ativos imobilizados, energia elétrica e dos serviços de comunicação.

No caso da infração 6, diz o recorrente que como se trata de obrigação acessória, a multa deverá ser cobrada por valor fixo, não podendo a mesma ser calculada no valor total do documento fiscal.

Conclui pedindo o cancelamento do Auto de Infração e o crédito tributário nele exigido, bem como as multas decorrentes.

A representação da PGE/PROFIS informa que o Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de Primeira Instância ataca o julgamento realizado, sem alterar a linha de raciocínio já adotada no julgamento ocorrido, não trazendo nada de novo que não tenha sido analisado e decidido pelo CONSEF. Afirma a representante da PGE/PROFIS, que o julgamento foi amplo e decidiu todas as questões de constitucionalidade e normas, como previsto no RPAF.

Quanto ao mérito, aduz a representante da PGE/PROFIS, que aqui também as questões foram efetivamente analisadas em primeira instância, não restando dúvidas quanto à impropriedade do uso dos créditos alegados pelo recorrente. Quanto à aplicação das multas, contra as quais insurgiu-se o autuado, diz a representante da PGE/PROFIS, que estas têm previsão legal e estão conforme as infrações cometidas. Conclui informando que as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar modificação do julgamento de 1ª Instância, negando, portanto, Provimento ao Recurso Voluntário.

VOTO

Ao analisar as preliminares de nulidade, concluo pelo seu afastamento. Está evidente que os fatos levantados no Auto de Infração, estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da

Bahia. Quanto à inconstitucionalidade argüida intensamente pelo recorrente, foge à competência do julgador administrativo sua consideração, conforme o art. 167 do RPAF/99.

No mérito, quanto à validade da utilização dos créditos fiscais decorrentes da aquisição de combustíveis, pneus, câmaras de ar e lubrificantes itens necessários para o exercício da atividade de transporte, foram glosados em razão da identificação do destinatário, que apesar de ser a mesma empresa, as mercadorias eram destinadas a outras unidades da Federação.

Quanto à glosa referente a apropriação de créditos nas aquisições interestaduais de material para uso e consumo do estabelecimento, o art. 97 do RICMS/97 veda o creditamento do imposto nestes casos. No caso da diferença de alíquota o art. 7º do RICMS/97, também é vedado o pagamento da diferença de alíquotas.

A utilização de créditos decorrentes da aquisição de serviço de comunicação seria correta a argüição do recorrente se não fosse observado o que estabelece o art. 93, II-A, alínea “b” do RICMS/97. Como os fatos geradores desse item foram no exercício de 2001 e 2002, a apropriação do crédito se deu de forma equivocada.

A apropriação de crédito de ICMS referente à compra de mercadorias, com o pagamento do imposto por substituição tributária, também é indevida tendo em vista o que dispõe o art. 346 do RICMS/97, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas da tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada a utilização do crédito fiscal.

No caso da entrada de mercadorias tributáveis no estabelecimento sem que fossem registradas na escrita fiscal, a aplicação da multa sobre o valor comercial das mercadorias está prevista na legislação, art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO de Recurso Voluntário, para que seja mantida sem alteração a Decisão recorrida

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara 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 **207090.0003/04-0**, lavrado contra **TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS ZAPELINI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$89.008,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$4.027,20**, prevista no inciso IX do citado dispositivo legal, e dos acréscimos legais, e da multa fixa no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVIII, “b”, da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS