

A. I. N ° - 276468.0028/04-0
AUTUADO - J. R. TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - HEITOR PERRELLA
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 27/01/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0006-01/05

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Comprovado que parte das mercadorias relacionadas nas notas fiscais se referiam a mercadorias com a fase de tributação encerrada, ensejando a aplicação da multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE ATIVO. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Comprovado que os combustíveis não foram utilizados em prestações de serviços de transporte de cargas. Infração caracterizada. Rejeitados o requerimento de perícia e a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2004, imputa ao autuado as seguintes infrações:

01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, julho, agosto, outubro e novembro de 2002 e janeiro a junho, outubro e novembro de 2003, ensejando a imposição de multa de R\$ 44.391,51, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.
02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias anteriormente tributadas por antecipação tributária sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril, maio e agosto de 2003, o que ensejou a imposição de multa de R\$ 123,18, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.
03. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, referente aos meses de fevereiro, maio, julho a setembro e novembro de 2002 e janeiro, fevereiro, abril e maio de 2003, no valor de R\$ 324.881,39;
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento nas aquisições de gasolina e óleo diesel, nos exercícios de 2002 e 2003, no

valor de R\$ 530.690,44. Foi comprovado que as quantidades de litros formalmente adquiridas nas saídas interestaduais, quando do abastecimento no último posto do Estado da Bahia, superaram em muito a capacidade de abastecimento de seus veículos, que, com base nas informações prestadas pelo autuado, é de 735 litros. Foram elaborados os demonstrativos de Repercussão do Crédito Indevido do ICMS no Conta-Corrente, Crédito Indevido na Aquisição de Gasolina, Consumo Médio de Óleo Diesel, Notas fiscais de Aquisição de Óleo Diesel, Distância Percorrida na Prestação de Serviço Ocorrida Exclusivamente Dentro do Estado e de Operações Interestaduais, sendo que o contribuinte não apresentou os livros Diário, Razão e Caixa relativos a 2002 e não é optante do crédito presumido permitido para empresas transportadoras.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 706 a 715), na qual informou que efetua serviços de transporte rodoviário para uma imensa gama de clientes espalhados pelo território brasileiro. Transcreveu o art. 18, II e IV do RPAF/99 e suscitou a nulidade das Infrações 01, 02 e 03 por falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração cometida e por preterição do direito de defesa, sob o fundamento de que teria sido apontado no Auto de Infração apenas os artigos do RICMS/97 que foram infringidos, sem especificar os seus incisos, parágrafos, alíneas e itens.

No mérito, impugnou somente a Infração 04, alegando que o art. 93, I, “f” do RICMS/97, o qual transcreveu, lhe confere pleno direito a se creditar do imposto incidente na aquisição do combustível utilizado na prestação do serviço de transporte de carga intermunicipal ou interestadual. Afirmou que o referido dispositivo autoriza a plena creditação do total de combustível utilizado para fazer frente ao deslocamento total dos seus veículos e não apenas o relativo a um tanque de combustível, estando o lançamento em dissonância com o princípio da não-cumulativamente insculpido no art. 155, §2º, I da Carta Magna.

Ressaltou que um caminhão, cujo tanque tem capacidade de armazenar 735 litros de óleo diesel, é capaz de percorrer 1.502,58 km, levando em consideração o consumo médio utilizado pelo autuante, muito aquém da necessária para percorrer o percurso de aproximadamente 3.000 km do trajeto Salvador - São Paulo – Salvador, por exemplo. Disse que os percursos percorridos pelos seus caminhões atingem 4.000 km, realizando fretes para municípios do interior do Estado de São Paulo.

Requeru a realização de perícia por auditor fiscal estranho ao feito para se computar precisamente as distâncias percorridas pelos seus caminhões no período fiscalizado, a nulidade das Infrações 01, 02 e 03 e, no mérito, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 725 a 729), informou que o autuado não é optante pelo uso de crédito presumido, utilizando crédito referente à aquisição de óleo diesel e escriturando livro Registro de Entradas, cuja cópia anexou (fls. 254 a 291 e 356 a 392). Afirmou que as Infrações 01 e 02 tratam de entrada de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, respectivamente, tributadas e não tributadas. Alegou que fez a descrição por extenso na definição das infrações e apontou inequivocadamente o artigo da multa previsto em lei.

Transcreveu o *caput* do art. 322 do RICMS/97 e explicou que o mesmo traz o comando de escrituração do livro Registro de Entradas e o restante dos incisos e parágrafos especificam o *caput*. Asseverou que o *caput* explicita que a obrigação deve ser cumprida e os seus incisos e parágrafos estipulam como cumprir.

Em relação à Infração 03, disse que está indene de nulidade, descrevendo infração totalmente diversa das duas anteriores, recebendo definição de enquadramento e penalidade bastante específica.

Salientou que a defesa de mérito foi restrita à Infração 04, a qual se refere ao crédito indevido relativo à aquisição de óleo diesel e gasolina sem que a mercadoria efetivamente houvesse entrado na empresa. Afirmou que intimou o autuado a esclarecer a aplicação dada à gasolina, correspondente ao crédito utilizado em 2002, relacionando os veículos e os CTRC's referentes às operações com utilização deste combustível (fl. 16), sem que o mesmo tenha respondido nem possua veículos movidos à gasolina para o transporte de cargas.

Quanto à aquisição de óleo diesel, disse que o autuado não tem direito ao crédito por duas razões: o combustível não entrou no estabelecimento e, supondo que tivesse entrado, não foi utilizado na prestação dos serviços, conforme condição estabelecida pelo art. 93, I, "f" do RICMS/97.

Aduziu que o autuado teria que adquirir parte expressiva do óleo diesel durante o percurso fora do Estado da Bahia para possibilitar a complementação do percurso de ida e volta, já que, durante dois anos, prestou a maior parte de seus serviços para tomadores situados em outros Estados, estando os destinatários das cargas, em sua maioria, fora do Estado da Bahia, contudo, a quase totalidade das notas fiscais de combustível é de postos baianos.

Explicou que, em seu trabalho, levantou mensalmente a distância percorrida e o volume de combustível utilizado, estabelecendo o consumo médio mensal, elaborando demonstrativos (fls. 86 e 87), com base nas informações constantes de documentação fornecida pelo autuado. E que, com base em cada saída de prestação de serviços de transporte, estabeleceu as distâncias dos trajetos, com cada percurso compreendendo a distância da empresa ao posto de combustível, deste até o destino, daí até o posto e deste até a empresa, concluindo que é impossível abastecer os veículos com a quantidade de combustível adquirido no Estado da Bahia. Exemplificou que seria necessário abastecer um tanque com capacidade para 735 litros com a quantidade de 4.713,39 litros, consoante a coluna "combustível do percurso" de seu demonstrativo (fl. 115).

Afirmou ser inepto o pedido de perícia com base no fato das distâncias para o Estado de São Paulo atingirem 4.000 km, pois utilizou esta distância em seus cálculos e tabelas (fls. 115 a 203), sendo a mesma também descabida porque intimou o autuado a apresentar os itinerários percorridos pelos caminhões relativos a cada uma prestação de serviço de transporte rodoviário de cargas, fazendo constar os postos de combustíveis em que abasteceram e o volume de combustível adquirido em cada abastecimento, sem que o mesmo tivesse se manifestado. Entendeu que este fato denota um descompromisso do autuado com o esclarecimento da situação que seria a pessoa mais indicada a fazê-lo, não tendo apresentado qualquer versão dos fatos no momento da defesa, e, com base no art. 147, I, "a" e "b" e II, "a" e "b" do RPAF/99, opinou pelo indeferimento do pedido de perícia ou realização de diligência.

Requeru a procedência da autuação.

VOTO

O presente processo exige imposto por ter o autuado deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento e utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento nas aquisições de gasolina e óleo diesel, bem como impõe multa ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias, sujeitas à tributação e com fase de tributação encerrada, sem o devido registro na escrita fiscal.

O autuado suscitou a nulidade das Infrações 01, 02 e 03 por falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração cometida e por preterição do direito de defesa, sob o fundamento de que teria sido apontado no Auto de Infração apenas os artigos do RICMS/97 que foram infringidos, sem especificar os seus incisos, parágrafos, alíneas e itens. No tocante às Infrações 01 e 02, verifico que foi indicado corretamente como dispositivo infringido o art. 322 do RICMS/97, considerando que o seu *caput* indica que deve ser escriturado o livro Registro de Entradas, enquanto os seus incisos e parágrafos especificam a forma que esta obrigação deve ser cumprida. Em relação à Infração 03, constato que a alegação do autuado foi equivocada, posto que estão devidamente especificados os artigos, incisos e parágrafos no seu enquadramento. Portanto, rejeito a arguição quanto à nulidade das Infrações 01, 02 e 03.

Indefiro também a perícia requerida, com base no art. 147 do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes do Auto de Infração são suficientes para formar o meu convencimento, aliado ao fato de que, no meu entendimento, a prova não depende do conhecimento especial de técnicos e é desnecessária considerando as demais provas contidas nos autos. Ademais, constato que o autuado não trouxe nenhum elemento aos autos que justificasse tal procedimento, mesmo tendo sido intimado pelo autuante no decorrer da fiscalização, e que o autuante já considerou a distância de 4.000 km para o Estado de São Paulo, conforme o autuado queria provar através da perícia.

Em relação à Infração 01, o autuado não efetuou defesa quanto ao seu mérito, tendo inclusive reconhecido a sua procedência parcial, mediante o pagamento de parcelamento. Contudo, após análise das notas fiscais anexadas ao processo, verifico que os itens 01, 02, 03, 05 e 06 são relativos a pneus, câmaras de ar, combustíveis, lubrificantes derivados de petróleo e a um veículo, mercadorias que estão com sua fase de tributação encerrada, com o imposto tendo sido pago por substituição tributária. Desta forma, estas mercadorias devem ser consideradas como não tributadas, com a imputação da multa de 1%, em vez de 10%, não alterando o fulcro da autuação que é a falta de escrituração. Portanto, entendo que a infração é parcialmente subsistente, conforme o demonstrativo abaixo:

Item	Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	% Multa	Débito (R\$)
1	31/3/2002	9/4/2002	39.374,80	1%	393,74
2	31/7/2002	9/8/2002	56.422,90	1%	564,22
3	31/8/2002	9/9/2002	1.487,50	1%	14,87
4	31/10/2002	9/11/2002	1.250,00	10%	125,00
5	30/11/2002	9/12/2002	2.149,80	1%	21,49
6	31/1/2003	9/2/2003	14.700,00	1%	147,00
7	28/2/2003	9/3/2003	43.500,00	10%	4.350,00
8	31/3/2003	9/4/2003	169.000,00	10%	16.900,00
9	30/4/2003	9/5/2003	5.521,56	10%	552,15
10	31/5/2003	9/6/2003	26.446,04	10%	2.644,60
11	30/6/2003	9/7/2003	80.000,00	10%	8.000,00
12	31/10/2003	9/11/2003	1.470,87	10%	147,08
13	30/11/2003	9/12/2003	2.591,88	10%	259,18
Total da Infração 01					34.119,33

Quanto às Infrações 02 e 03, o autuado também não efetuou defesa quanto ao seu mérito, tendo inclusive reconhecido a sua procedência, mediante o pagamento de parcelamento. Constatado que as mesmas estão devidamente demonstradas nos autos, portanto entendo que as mesmas estão caracterizadas.

Em relação à Infração 04, o autuado alegou que tem direito a se creditar do imposto incidente na aquisição do combustível utilizado na prestação do serviço de transporte de carga intermunicipal ou interestadual, com base no art. 93, I, “f” do RICMS/97. Contudo, a autuação se refere ao crédito indevido correspondente às notas fiscais de supostas aquisições de óleo diesel e gasolina, sem que a mercadoria efetivamente houvesse entrado na empresa, física ou simbolicamente, não atendendo à condição estabelecida no referido artigo, ou seja, o combustível não foi utilizado na prestação dos serviços.

Dos autos, constato que o autuado não possui veículos de transporte de cargas movidos a gasolina, sendo indevido o crédito referente a este combustível. Quanto ao óleo diesel, verifico que o autuante elaborou um primoroso e detalhado trabalho, demonstrando a impossibilidade da utilização do combustível naquelas quantidades, já que o tanque de cada caminhão possui capacidade máxima para 735 litros, não podendo ser abastecido com quantidade de combustível superior a esta. Assim, os demonstrativos elaborados pelo autuante e anexados ao Auto de Infração, detalhando os consumos médios mensais, as distâncias percorridas, o volume de combustível passível de utilização, mostram claramente a infração à legislação tributária, justificando a autuação. Ressalto que o autuante considerou a capacidade máxima do tanque, tendo em vista a impossibilidade da definição da quantidade efetivamente abastecida em cada momento, sendo que tal consideração é mais benéfica ao autuado. Portanto, entendo que a infração está caracterizada.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$ 889.814,34, sendo parcialmente subsistente a Infração 01, conforme demonstrativo acima, e subsistentes as demais infrações, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276468.0028/04-0**, lavrado contra **J. R. TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 855.571,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 324.881,39 e 150% sobre R\$ 530.690,46, previstas no art. 42, II, “f” e V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e de multa no valor de **R\$ 34.242,51**, prevista no art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR