

PROCESSO - A. I. Nº 278987.0601/06-4
RECORRENTE - TRANSPORTADORA MAHNIC LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0118-01/07
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0378-11/11

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TRANSPORTE. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte utilizou irregularmente crédito presumido previsto no artigo 96, XI, do RICMS/97. Diligência fiscal elide parte da infração. Modificada parcialmente a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0118-01/07, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 2 infrações, sendo objeto do presente recurso tão-somente à infração descrita no item 2 da peça inicial da autuação, abaixo descrita, julgada procedente:

INFRAÇÃO 2 - “Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nas Prestações de Serviços de Transporte Rodoviário. Utilizou todos os créditos tributários e ainda usou a redução da base de cálculo, sendo recolhido 80% do débito tributário”. Meses de março e abril de 2002 e janeiro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.166,06, acrescido da multa de 60%.

Em Primeira Instância, assim se pronunciou o Relator quanto à infração objeto do Recurso Voluntário- fls. 105 a 108 – in verbis:

“...No que concerne à Infração 02, verifico que o contribuinte teve como débito do ICMS no mês de março de 2002, o valor de R\$5.563,77 e no mês de abril de 2002, o valor de R\$26.659,28 - conforme cópias do livro RAICMS anexadas aos autos - tendo utilizado o crédito presumido de 20%, do valor do ICMS devido, respectivamente, nos valores de R\$1.112,75 e R\$5.331,86.

O crédito presumido utilizado pelo autuado, encontra-se disciplinado pelo artigo 96, inciso XI, suas alíneas e itens, do RICMS/97, sendo concedido aos prestadores de serviços de transporte, como opção do contribuinte, em substituição ao aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas para apuração do imposto pelo sistema de compensação (débito/crédito). Contudo, o acima mencionado RICMS/97, estabelece condições para fruição do benefício, como a indispensabilidade de lavratura de "Termo de Opção" no Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências com a devida qualificação do contribuinte, a indicação da data a partir da qual fará a opção e declaração expressa do regime a ser adotado.

Além das exigências acima reportadas, existe, também, a determinação de que tendo o contribuinte optado pelo crédito presumido não deve a partir daí haver alternância de regime dentro do mesmo exercício. Ora, o que se verifica nas cópias do livro RAICMS anexadas ao processo, é que o contribuinte dentro do mesmo exercício, apurou em alguns meses - agosto e outubro - o imposto devido pelo sistema de compensação (débito/crédito) e noutros meses - março e abril - com base no crédito presumido de 20% do ICMS devido.

Efetivamente, não poderia o contribuinte assim proceder, haja vista que tal procedimento está em desacordo com a legislação do ICMS, não podendo ser considerado o crédito presumido na forma como foi utilizado. Vale consignar, que relativamente à exigência referente à 31/01/2003, o contribuinte silencia, permitindo-me inferir que reconhece tacitamente a infração. Mantida integralmente a infração. Acrescenta-se que, caso ocorra a vedação do uso do crédito presumido nos meses apontados, torna-se exigível o direito ao uso do crédito sobre as aquisições de combustível no mês de abril daquele ano.”.

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 131 e 132 - onde pede a reforma do Julgado quanto à infração 2, aduzindo, em síntese, que de fato efetuou a opção pelo crédito presumido em 01/05/2002; conforme cópia do seu livro RUDFTO que anexa às fl. 136, mas, sem má-fé, não observou a regra que determina a permanência durante todo o exercício de um único regime de apuração, a ser adotado no início do período fiscal anula, o que o levou nos meses de março e abril de 2002 a absorver créditos de ICMS nas aquisições de combustíveis para uso nas prestações de serviço e, nos meses seguintes do exercício utilizou o crédito presumido.

Aduz que excluído o seu direito ao crédito presumido, para evitar bitributação, deverá o Fisco considerar, como nos demais meses do exercício, os créditos fiscais relativos às operações tributadas, devidamente registradas no seu livro Registro de Entradas, conforme cópias que anexa às fl. 139, através das Notas Fiscais nºs 38.867, 38.666 e 38.796, emitidas pela Rede Royal de Auto Postos Ltda., nos valores respectivos de R\$95,60, R\$71,70 e R\$47,80, nas operações internas, e Nota Fiscal nº 628341, em operação interestadual, emitida pela Petrobrás Distribuidora S/A, no valor de R\$22.003,50, com crédito respectivo de R\$4.619,38, conforme destaque na nota (ICMS retido).

Conclui, assim, que, de acordo com o art. 87, inciso XIX, do RICMS, tem direito a creditar-se nas operações internas do valor de R\$32,26, que corresponde a 15% do total das aquisições internas e, nas operações interestaduais, do valor de R\$4.619,3, referente ao ICMS anteriormente retido pelo distribuidor, no valor total de R\$4.651,58, a ser diminuído do valor lançado, ao tempo que afirma que as referidas notas fiscais, acostadas às fls. 133 a 135, são autênticas, e não foram utilizados os créditos fiscais conjuntamente com o crédito presumido.

Ao final, salienta que não haverá falha na escrituração, pois se aplicaria nesse caso a reconstituição de escrita, com prévia autorização da repartição fiscal nos termos do §3º, inciso II, do art. 101 do RICMS/BA.

A PGE/PROFIS, em opinativo de fls. 142 a 145, sugere ao Conselho de Fazenda a conversão do processo em diligência ao autuante ou a ASTEC, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, diante da juntada aos autos, pelo recorrente, de novos documentos e diante de suas alegações recursais, devendo ser esclarecido se os créditos a que se referem tais documentos já foram computados no cálculo da infração 2.

Submetido o opinativo da PGE/PROFIS em pauta suplementar, esta 1ª Câmara de Julgamento deliberou, por unanimidade – fl. 148 – pela conversão do processo em diligência ao autuante para que refizesse *“o conta-corrente fiscal do ICMS, nos meses de março e abril de 2003, considerando o sistema de compensação entre os créditos, decorrentes das entradas, e os débitos, originários das prestações de serviço de transporte, apontando, afinal, porventura, a existência de imposto a reclamar.”*.

Observou, ainda, o então Relator, que a cópia do livro Registro de Entrada – fl. 137 – relativo ao mês de abril de 2002, comprova a existência de notas fiscais emitidas pela Petrobrás Distribuidora de nºs 479969, 482329, 483775 e 454650 e pela SABBA Combustíveis Ltda., de nº 124716, apesar dos documentos apensados se referirem a meses diferentes dos consignados na infração 02.

Às fl. 150 consta informação da INFAZ BARREIRAS de que a diligência não pode ser cumprida, pois em visita in loco as instalações do contribuinte, conforme consta do endereço do cadastro, o diligente não localizou a empresa.

Às fl. 152, consta despacho da Inspeção determinando a intimação por edital do contribuinte, o que foi feito às fl. 154.

Às fl. 155, verso, consta opinativo da PGE/PROFIS, aduzindo que as intimações emitidas pela SEFAZ durante todo o processo foram dirigidas ao sócio e/ou contador da empresa, motivo pelo

qual entende que deve a INFAZ envidar os esforços para que a empresa seja intimada para cumprimento da diligência solicitada.

Às fl. 158, o então Relator deste PAF remete-o novamente em diligência a INFAZ BARREIRAS para que seja cumprida a determinação da PGE/PROFIS de fl. 155, reiterando a diligência solicitada às fl. 148.

Depois de intimado, o sujeito passivo se pronuncia às fl. 160, onde reitera o seu pedido de utilização do crédito fiscal para abatimento visando a diminuição do valor do débito lançado, ao tempo que anexa – às fls. 174 a 181 - as notas fiscais emitidas pela Petrobrás Distribuidora S/A, citadas pelo Relator em seu pedido de diligência, bem como cópias dos seus livros Registro de Apuração do ICMS e Registro de Entradas - fls. 182 a 190 e DAEs de recolhimento dos meses de abril de 2002 e janeiro de 2003.

Às fl. 214, conta informação do autuante no sentido de que o contribuinte refez os livros fiscais nos meses de 03 e abril de 2002 e janeiro de 2003 e solicitou autenticação dos mesmos.

Às fl. 214, o autuante também informa que atendeu à solicitação de diligência do Relator, anexando demonstrativos da conta corrente do contribuinte nos meses e exercícios estipulados, às fls. 211 e 212, mantendo integralmente a acusação fiscal. Consta às fls. 217 a 219, intimação do contribuinte do resultado da diligência.

Às fl. 220, verso, consta despacho da PGE/PROFIS ao Relator, sugerindo que o processo “*seja chamado à ordem*”, ressaltando que após muitos meses da determinação da diligência, o diligente não se pronunciou sobre os documentos e cálculos apresentados pelo contribuinte, limitando-se a repetir e manter os termos da acusação, não sendo possível o órgão jurídico se pronunciar sobre o mérito do Recurso Voluntário, ao tempo que também sugere a determinação de nova diligência, a ser cumprida por fiscal estranho ao feito.

O então Relator, acatando o pedido da PGE/PROFIS, em nova diligência – fl. 223 – determina que a INFAZ BARREIRAS intime o contribuinte a apresentar cópias legíveis e autenticadas dos documentos fiscais anexados quando da sua manifestação de fls. 174 a 184 dos autos (notas fiscais emitidas pela Petrobrás Distribuidora), com o fim de comprovar os créditos fiscais relativos à aquisição de óleo diesel, escriturados em sua escrita fiscal, conforme lançamentos de fl. 188 dos autos.

Em seguida, determina que depois de cumprida esta etapa, o processo seja encaminhado a ASTEC para apropriação dos créditos, caso comprovados, nos respectivos meses objeto da ação fiscal relativa à infração 02.

Às fl. 224, consta informação de fiscal estranho ao feito no sentido de que foi intimado o contribuinte a apresentar as cópias dos documentos fiscais em tela, além da nota fiscal emitida pela SABBÁ Combustíveis, de nº 124716, e que este apenas apresentou os originais das notas fiscais emitidas pela Petrobrás Distribuidora de nºs 479969, 482329, 483775 e pela SABBÁ (Nota Fiscal nº 124716), não apresentando, porém, a cópia ou o original da Nota Fiscal de nº 454650, emitida pela Petrobrás Distribuidora.

Informa, ainda, que foi refeita a conta corrente fiscal levando em consideração os documentos fiscais apresentados – fls. 226 a 229 – conforme demonstrativos de fls. 230 a 232, sendo dada ciência ao autuante e ao autuado.

Por sua vez, a ASTEC, em Parecer de nº 0056/2011 – fls. 243 e 244 – informa que em relação ao segundo item da solicitação do Relator, a diligente da INFAZ BARREIRAS já refez a conta-corrente fiscal levando em consideração os documentos fiscais apresentados, ao tempo que elabora novo demonstrativo de débito, no final do seu Parecer, no valor total de R\$8.988,88, dando-se ciência do resultado revisional ao autuante e autuado.

Em Parecer conclusivo de fl. 250, a PGE/PROFIS manifesta-se pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, nos termos do Parecer emitido pela ASTEC, opinativo acatado através de Despacho da procuradora assistente daquele órgão jurídico, de fl. 251.

VOTO

Da análise dos autos, devemos de logo consignar que comungamos com o opinativo exarado pela PGE/PROFIS, no sentido de acatamento do resultado das últimas diligências realizadas nos autos, culminando com o Parecer ASTEC nº 0056/2011.

É cediço que o benefício do crédito presumido não se coaduna com a utilização conjunta dos créditos fiscais gerados pelas aquisições de mercadoria, matéria prima ou insumos, ou serviços tomados, sendo um benefício utilizado em substituição aos referidos créditos, conforme vedação expressa no RICMS/BA, mais precisamente para o caso dos autos, no art. 96, inciso XI, alíneas “b” e “c” e seus itens 1 e 2, abaixo transcrito, que concede aos prestadores de serviços de transporte rodoviário, atividade exercida pelo recorrente, o crédito presumido no percentual de 20%, como opção, em substituição ao aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas para apuração do imposto pelo sistema de compensação crédito/débito, como bem ressaltou o Relator da JJF.

“Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e de apuração do imposto a recolher:

.....
XI - a partir de 01/01/97, aos prestadores de serviços de transporte, como opção do contribuinte, em substituição ao aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas para apuração do imposto pelo sistema de compensação (débito/crédito), com a ressalva de que o contribuinte que optar pela utilização do presente benefício não poderá utilizar quaisquer outros créditos fiscais, salvo exceções expressas, sendo que:

b) nas prestações internas ou interestaduais de serviços de transporte rodoviário, aquaviário ou ferroviário efetuadas por empresas transportadoras ou por transportadores autônomos, o crédito presumido será de 20% do valor do ICMS devido nas prestações (Conv. ICMS 106/96);

c) relativamente à opção pelo direito ao uso de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas ou pelo benefício da utilização do crédito presumido de que cuida este inciso:

1 - o contribuinte lavrará "Termo de Opção" no Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, na parte destinada à transcrição de ocorrências fiscais, consignando:

.....
2 - tendo o contribuinte optado por um daqueles regimes, não deve a partir daí haver alternância de regime dentro do mesmo exercício;”

Neste sentido, ao vedar-se ao contribuinte a utilização do crédito presumido nos meses anteriores do próprio exercício em que efetuou sua opção pelo benefício (no caso a opção se deu em maio de 2002, com utilização dos créditos “normais” em março e abril do mesmo ano e, nos meses seguintes do referido exercício, utilizou crédito presumido), deve ser admitido o direito ao crédito fiscal relativo a operações e prestações tributadas nos meses em que foi vedado o direito à utilização do crédito presumido, objeto da autuação.

Assim, depois de efetuadas as diligências necessárias que atestaram a veracidade dos créditos nas aquisições de óleo diesel utilizados pelo recorrente no exercício da sua atividade de prestação de serviço de transporte – vinculados às notas fiscais emitidas pela Petrobrás Distribuidora de nºs 479969, 482329, 483775, à exceção da Nota Fiscal nº 454650, e Nota Fiscal nº 124716, esta última emitida pela SABBÁ Combustíveis, tendo sido feito o lançamento da conta corrente da empresa para incluir os valores pertinentes a tais créditos, restou diminuído o valor inicialmente lançado para o mês de abril de 2002, de R\$ 5.331,86 para R\$154,76, mantendo-se integralmente os valores originariamente lançados no mês de março de 2002.

Quanto ao mês de janeiro de 2003, observo que o autuante cometeu um pequeno erro de soma, visto que, de acordo com o RAICMS do contribuinte no período, o valor a ser exigido seria de R\$7.721,37 e não R\$7.721,45, como lançado. Assim, deve ser corrigido o valor lançado para este mês para R\$7.721, 37, como consta no demonstrativo elaborado pela diligente e pela ASTEC.

Registre-se que a NF nº 454650, emitida pela Petrobrás Distribuidora, não foi acatada pela diligente, corretamente a nosso ver, pois não foi apresentada sua via original ou autenticada, embora intimado o recorrente para tanto, como solicitou a 1ª CJF, e ainda a Nota Fiscal nº 124716, emitida pela SABBÁ Combustíveis, também não foi acatada, pois, embora escriturada em abril de 2002, é datada de 11/07/2003, portanto o crédito foi lançado indevidamente, de forma antecipada, o que é vedado pela nossa legislação.

Ante o exposto, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, modificando a Decisão recorrida quanto à infração constante do item 2 da peça inicial da autuação, no valor total de R\$8.988,88, conforme demonstrativo de débito abaixo, julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epígrafado.

D E M O N S T R A T I V O D E D É B I T O		
Data da Ocorrência	Data do Vencimento	I C M S
31/03/2002	09/04/2002	1.112,75
30/04/2002	09/05/2002	154,76
31/01/2003	09/02/2003	7.721,37
T O T A L		8.988,88

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278987.0601/06-4**, lavrado contra **TRANSPORTADORA MAHNIC LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.028,05**, acrescido da multa de 50% sobre R\$39,17 e 60% sobre R\$8.988,88, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS