

A. I. N° - 232948.0206/11-0
AUTUADO - BINOTTO S/A LOGÍSTICA TRANSPORTE E DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - IFAZ ATACADO
INTERNET - 11.04.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0044-02/12

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. COMBUSTÍVEIS. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE CARGA PARA OUTROS ESTADOS. FALTA DE ESTORNO. Deve ser estornado o crédito fiscal do ICMS relativo às prestações de serviços de transportes de carga para outras unidades da Federação, uma vez que somente nas prestações internas não há a incidência do ICMS (art.1º, §7º do RICMS/BA). Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade, e não apreciada a arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/06/2011, para exigência de ICMS no valor total de R\$61.901,25, sob acusação de que o contribuinte supra deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo às entradas de mercadorias no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, por empresa prestadora de serviço de transporte, relativo às prestações não tributadas, nos meses de janeiro a setembro de 2006, janeiro a março, junho e dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, conforme demonstrativos e documentos às fls.10 a 205. Em complemento consta: *Contribuinte usou indevidamente 100% do crédito do combustível ao invés de usá-lo de forma proporcional às saídas para outros estados.*

O autuado através de seu advogado, em sua defesa às fls. 208 a 223, inicialmente, transcreve os fatos, e argui a nulidade do auto de infração, por cerceamento de defesa, tendo invocado o artigo 39, combinado com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, para alegar que falta motivação ao ato administrativo de lançamento, ou seja, que a descrição dos fatos e o enquadramento legal não contêm elementos suficientes para se determinar com segurança a infração. Citou a título de exemplo, que não foram apresentados os CTCs das operações que deram azo à autuação. Fundamenta ainda sua arguição no artigo 93, IX e X, da CF/88, e em lição de renomado tributarista.

Ainda em preliminar, com fulcro no artigo 150, § 4º, combinado com o artigo 156, inciso V, do CTN, argui a extinção pela decadência de parte do crédito lançado, mais precisamente, o período correspondente aos meses de janeiro a junho de 2006.

Alice também sua tese de defesa em relação à decadência, recorrendo ao artigo 12 da Lei Complementar nº 87/96, dizendo que se considera ocorrido o fato impositivo no momento do início da prestação de serviço de transporte, sendo este, no seu entender, o elemento temporal do fato jurídico-tributário do ICMS.

Prosseguindo, desta feita aduz que caso seus argumentos sejam rechaçados, a multa aplicada de 60% sobre o imposto lançado, é excessiva, por não guardar relação proporcional entre o valor da multa e o grau de ofensividade do ato infracional, e a violação ao princípio da vedação ao confisco, pois não praticou qualquer conduta que configure fato típico efetivamente tributável ou

sujeito a sanções de qualquer natureza. Discorre sobre lições de doutrinadores sobre o tema, e cita o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, requer o impugnante:

- a) nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa;
- b) se ultrapassada a preliminar de nulidade, seja reconhecida a extinção de parte da exigência fiscal pela decadência, nos termos do artigo 156, V, do CTN;
- c) seja reconhecido o caráter confiscatório da multa aplicada, reduzindo-a a patamar razoável e condizente com a conduta praticada pela empresa.

Na informação fiscal às fls.249 a 250, o preposto fiscal quanto a preliminar de nulidade diz que não tem cabimento a alegação do cerceamento de defesa pela ausência de CTCRs, tendo informado os elementos que deram base a infração foram retirados dos relatórios fornecidos pelo autuado oriundos das somas mensais de tais documentos que estão em seu poder. Esclarece que foram solicitados apenas 02 (dois) meses de cada exercícios para conferências e que foram devolvidos (fl. 07).

No tocante a perda do direito de cobrar o crédito tributário pela Decadência, pondera que a legislação vigente (CTN) estabelece que: “Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

No que diz respeito ao ferimento ao Princípio da Vedação ao Confisco, salienta que os percentuais estão estabelecidos na lei do ICMS, Lei 7.014/96, artigo 42, inciso VII alínea “b”.

Concluindo, solicita que o presente Auto de Infração seja julgado procedente, frisando que o autuado, apesar de ter apresentado argumentos doutrinários, a sua ação fiscal não ficou descaracterizada na medida que foram feitos com base nos relatórios e documentos fornecidos pelo autuado e respeitando estritamente a legislação pertinente.

VOTO

Versa o presente processo sobre a acusação fiscal de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Na defesa fiscal, o patrono do autuado, no encargo da defesa, argüiu a nulidade do Auto de Infração, tendo como argumentos principais o cerceamento de defesa, sob alegação da falta de apresentação dos CTCRs que originaram a infração; a perda do direito do Estado a reclamar o crédito tributário, pela decadência; e o ato confiscatório da multa em virtude “da ausência da relação proporcional entre o valor da multa lançada e o grau de ofensividade do suposto ato infracional, e a flagrante violação do Princípio de Vedação ao Confisco”.

Analisando tais arguições, constato não assistir razão ao defendente, tendo em vista que:

Cerceamento de defesa: pelo que consta nos autos, os valores lançados no demonstrativo de débito foram apurados através das planilhas intituladas de “Demonstrativo do Uso a Maior do Crédito de Combustíveis”, constantes às fls.10, 106 e 148, nas quais, encontram-se discriminadas as quantidades dos CTCRs da Bahia e de outros Estados, a apuração do percentual correspondente ao percentual das operações para outros Estados em relação ao total dos CTCRs emitidos, e o cálculo do crédito devido apurado sobre esta proporcionalidade, que comparado com o total do crédito utilizado pelo autuado, resultou nas diferenças mensais exigidas. Nos autos foram acostadas cópias das notas fiscais de aquisição de combustíveis. Considerando que, segundo informação do autuante, os valores que resultaram na exigência fiscal foram extraídos dos relatórios fornecidos pelo autuado oriundos das somas mensais dos CTCRs que estão em poder do próprio autuado, ao contrário do que argüiu o autuado, caberia a ele apresentar os documentos necessários para impugnar o lançamento fiscal.

Decadência: analisando a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos no período correspondente aos meses de janeiro a junho de 2006, observo que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 29/06/2011, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/06, findando-se em 31/12/11.

Multa confiscatória: quanto à arguição de inconstitucionalidade da multa por entender que a mesma é confiscatória e desrespeita o princípio da isonomia, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, estando a multa aplicada prevista no art. 42, VII, "b" da Lei nº 7.014/96.

No mérito, verifico que a exigência fiscal é originária do fato detectado pela fiscalização que o autuado deixou de efetuar o estorno de crédito proporcional aos percentuais supra mencionados, quando recebeu mercadorias suas em devolução, quer de dentro ou de fora do Estado, resultando tal comportamento num recolhimento do ICMS menor do que o devido.

Consoante foi analisado na preliminar argüida pelo defendente, constam nos autos, como parte integrante do Auto de Infração, o levantamento fiscal relativo aos exercícios fiscalizados, bem como cópia das notas fiscais elencadas nos levantamentos, fotocópia do livro Registro de Entradas, onde as referidas notas fiscais estão lançadas (fls. 10 a 205).

O contribuinte não questiona a falta de cometimento da infração, mas reclama, em sua peça de defesa, a existência de equívocos, pela fiscalização, que indicou como ICMS a estornar o valor que teria direito de se creditar.

A infração foi enquadrada artigo 100, inciso I, do RICMS/97. Está previsto no citado dispositivo regulamentar, que a constatação de vendas com base de cálculo inferior as de entradas, enseja o estorno do crédito proporcional à redução, conforme podemos observar na transcrição *ipsis literis* abaixo:

100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I - forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

Pelo exposto, infere-se que a condição *sine qua non* para a exigência do estorno se avulta quando o crédito fiscal lançado em consequência das entradas (*crédito*), for superior a carga tributária

incidente sobre as saídas das mercadorias ou prestações de serviços de transportes (*débito*), ou seja, não caberia a exigência do estorno do crédito proporcional, quando a carga tributária das operações ou prestações de saída (*débito*) for superior ao crédito fiscal lançado, sob pena de ferir o princípio da não-cumulatividade tributária.

O §1º do artigo 1º do RICMS/97, prevê que é dispensado o lançamento e o pagamento do imposto incidente nas prestações internas de serviços de transporte de carga.

Desta forma, havendo prestações de serviço de transporte para outros Estados, o dispositivo legal acima transcrito exige o estorno do crédito proporcional à redução.

Na análise do demonstrativo acostado à folha 10 (Demonstrativo do Uso a Maior do Crédito de Combustíveis), verifico que os valores do imposto a serem estornados encontram-se devidamente discriminados, mês a mês, os quais foram calculados tomando-se por base a proporção entre os CTCRs emitidos para outros Estados em relação ao total dos CTCRs, sendo os valores dos créditos utilizados a maior apurados mediante a diminuição dos créditos lançados nos livros fiscais para os valores calculados na mencionada apuração.

O patrono do autuado alegou falta de prova da acusação fiscal, entendendo que deveriam ser apresentados os conhecimentos de transporte rodoviários de cargas. Não acolho esta alegação, pois o lançamento do débito encontra-se devidamente demonstrados nos autos, e se o sujeito passivo não concordou com a metodologia de apuração do débito do estorno adotado pela fiscalização, deveria ter apresentado seu demonstrativo acompanhado das devidas provas, de modo que, se fosse o caso, o presente lançamento ensejaria uma conferência mediante diligência por fiscal estranho ao feito.

Não acolho o pedido do autuado, ou seja, fica indeferido o pedido de diligência, nos termos do artigo 147, I, “b” do RPAF/99, pois o pedido do autuado foi para verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na sua posse, os quais, poderiam ter sido por ele juntados aos autos.

Nestas circunstâncias, não há impropriedade da base de cálculo utilizada pelo autuante, considerando que a escrituração fiscal do contribuinte autuado demonstra a ocorrência de prestações serviços de transporte de carga para outros Estados, e não havendo previsão para manutenção do crédito em tais prestações, haja vista que somente nas prestações internas de serviços de transporte de carga não há a incidência do ICMS, mantenho o lançamento dos valores consubstanciados no Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232948.0206/11-0**, lavrado contra **BINOTTO S/A LOGÍSTICA TRANSPORTE E DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.901,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR