

A. I. - 232951.0002/12-7
AUTUADO - C.M. DE LACERDA TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - ANDRÉA BEATRIZ BRITTO VILLAS BOAS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 21.09.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0260-05/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE A MAIOR; **b)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Razões de defesa insuficientes para elidir as imputações. Itens subsistentes; **c)** FALTA DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE ÀS PRESTAÇÕES DE SERVIÇO TRIBUTADAS. O crédito fiscal dos insumos deve ser apropriado proporcionalmente às prestações de serviço de transporte tributadas. Refeita a conta-corrente do ICMS, apurou-se a existência de saldos devedores. Item subsistente. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** DESENCONTRO ENTRE O ICMS RECOLHIDO E O ESCRITURADO; **b)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Razões de defesa não elidem as acusações. Itens subsistentes. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIA DESTINADA: **a)** AO ATIVO FIXO; **b)** AO CONSUMO. Razões de defesa não elidem as acusações. Itens subsistentes. Rejeitadas às preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2012, exige do autuado débito no valor de R\$ 359.223,65, conforme documentos às fls. 14 a 440 do PAF, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 33.346,15, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, sem observância do previsto no inciso XIX do art. 87 do RICMS/BA, nos meses de janeiro a novembro de 2007 e janeiro a agosto de 2008;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar, no valor de R\$ 265.208,75, nos meses de maio a dezembro de 2008; fevereiro, março, maio a outubro de 2009, e janeiro, agosto a outubro de 2010, referente à prestação de serviço de transporte, devidamente escriturada nos livros fiscais próprios, sendo efetuado o refazimento da conta corrente do contribuinte, tendo em vista que o mesmo não aplicou a proporcionalidade correspondente às operações internas, utilizou crédito fiscal indevido referentes aquisições de material de uso e consumo, utilizou crédito indevido de aquisição de gasolina não vinculada ao serviço de transportes de cargas e utilizou créditos fiscais transferidos do estabelecimento localizado em Barreiras (Inscrição Estadual nº 69.748.498) que não possuía esses créditos conforme se verifica nas DMAs;

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menor ICMS, de R\$ 32.776,89, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de novembro de 2009 e de 2010;

INFRAÇÃO 3 – Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 159,68, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, no mês de janeiro de 2008;

INFRAÇÃO 4 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 1.225,13, em razão de prestação de serviço de transporte tributada como não tributada, regularmente escrituradas, nos meses de junho/2007 e março/2008;

INFRAÇÃO 5 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 2.152,20, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de abril de 2007;

INFRAÇÃO 6 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 3.581,18, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de julho a outubro de 2009;

INFRAÇÃO 7 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 20.933,35, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de março a julho, setembro e dezembro de 2007; janeiro a maio, julho e agosto de 2008.

O autuado, às fls. 446 a 459 dos autos, apresenta impugnação ao lançamento de ofício, na qual, preliminarmente, arguiu a nulidade do Auto de Infração por inobservância do Decreto nº 13.780/12, por infringir os princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que toda a tipificação das infrações apontadas no lançamento de ofício foi com base no Decreto nº 6.284/97 que foi revogado pelo Decreto nº 13.780/12, em vigor desde 01/04/2012, o qual, em seu art. 494, revoga as disposições em contrário, especialmente o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Aduz, ainda, que as tabelas elaboradas e constantes do Auto de Infração também não especificam os documentos analisados, o que também dificulta a produção de defesa e a juntada de provas contrárias.

Alega, ainda, que já operou a decadência parcial do crédito apurado na primeira infração, uma vez que a data do fato gerador é o marco inicial do interregno decadencial, ou seja, se o fisco não contestar o imposto no prazo quinquenal a contar da ocorrência do fato gerador, tal direito perecerá as luzes do instituto da decadência, culminando a extinção do crédito tributário nos termos do art. 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, ocorrendo à homologação tácita, já que a constituição do crédito tributário se dá com a efetivação do lançamento, na data da ciência do contribuinte do Auto de Infração, que se deu em 13/04/2012. Pede a aplicação da Súmula Vinculante nº 08 do STF, bem como do art. 150, § 4º, do CTN, para que seja decretada a decadência dos meses anteriores a maio/2007, especificamente o período de 31/01/2007 a 31/03/2007 apurado na infração 1.

No mérito, em relação à primeira infração, o autuado transcreve o artigo 87 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, o qual diz ser especificamente o dispositivo apontado no Auto de Infração, do que conclui que a infração apontada nada tem a ver com a tipificação fundamentada pela autuante. Assim, segundo o defendente, impediu a defesa do contribuinte. Frisa, ainda, que a tabela constante no Auto de Infração não aponta o documento que dá origem ao suposto crédito tributário, impedindo sua localização e confronto com o alegado. Sustenta que, diante aos vícios constatados, a infração é insubsistente, devendo ser anulada em sua totalidade.

Quanto à segunda infração, diz que a empresa autuada atua no ramo de transporte de cargas, sendo um de seus materiais de consumo o combustível e o creditamento que a autuante apontou como irregular refere-se exclusivamente ao combustível adquirido para caminhões integrantes da frota, bem como de terceiros (chamados “agregados”) que são contratados para dar cumprimento ao objeto social da autuada. Assim, diz ter agido em conformidade com o art. 269, I, do RICMS/BA, pois tais insumos geram créditos referentes ao ICMS. Reitera que a autuante utilizou-se de dispositivos legais revogados ao citar o art. 124, I, do RICMS (Decreto nº 6.284/97).

Inerente à terceira infração, o autuado alega impedimento para realização de sua defesa por ter a autuante enquadrado a infração nos artigos 116, 124, I, e 331, § 8º, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 que foi revogado pelo Decreto nº 13.780/12, como também que a tabela constante no Auto de Infração não aponta o documento que dá origem ao suposto crédito tributário, impedindo sua localização e confronto com o alegado.

No tocante às demais infrações, o defendente repete os mesmos argumentos relativos à terceira infração, com a devida apropriação das normas regulamentares.

Por fim, pede a nulidade do Auto de Infração e, caso não acolhida, a decretação da decadência nos períodos que o lançamento alcançou antes de 09/04/07, como também a nulidade conforme as razões de mérito.

Na informação fiscal, apresentada às fls. 463 e 464 dos autos, em relação à alegação de defesa de inobservância do Decreto nº 13.780/12 que revoga o Decreto nº 6.284/97, pelo qual foram tipificadas as infrações, a autuante salienta que o contribuinte equivoca-se, pois, se o período fiscal analisado foi de 2007 a 31/12/2011, deve ser amparado pelas regras do Decreto nº 6.284/97, logo não pode o contribuinte se basear no Decreto nº 13.780/12 para lançamentos anteriores à vigência desse decreto. Assim, classifica como *“Um absurdo essa interpretação do contribuinte, demonstrando completo desconhecimento e lógica.”*

Quanto à alegação de decadência dos meses de janeiro a março de 2007, a autuante afirma que não há o que se falar em decadência do exercício de 2007, pois a fiscalização ocorreu dentro dos prazos regulamentares e que se trata de exercício o qual abrange períodos anuais.

Inerente à alegação de que *“a tabela constante no auto de infração não aponta o documento que dá origem ao suposto crédito tributário”*, no que diz respeito à primeira infração, a autuante aduz que as tabelas foram elaboradas de forma clara e encontram-se nas folhas de nº 14 a 130, juntamente com notas fiscais e cópia de documentos comprobatórios que identificam a origem dos dados, assim como as cópias do livro Registro de Entradas, onde estão registrados e destacados os valores das notas fiscais de combustíveis utilizadas pelo contribuinte para apropriação do crédito fiscal, valores esses ao qual foi aplicada à alíquota de 17%, quando o correto deveria ter sido 15% para o crédito de combustível. Ressalta que os valores calculados batem com os da tabela do Auto de Infração nas páginas 1 e 2 e estão corretos, pois a legislação fiscal prevê que o ICMS sobre aquisição de combustível “óleo diesel” a ser utilizado é com base na alíquota de 15% sobre o valor da operação, por conta da redução de 40% da base de cálculo. Porém, o que ficou comprovado é de que o contribuinte utilizou o crédito fiscal sem aplicação da redução e por consequência com aplicação de percentual superior ao determinado pela legislação fiscal.

Em relação à segunda infração, na qual o autuado alega que o combustível é adquirido para os caminhões integrante da frota e “agregados”, a autuante diz ser completamente descabida essa alegação, pois é necessário aplicar a proporcionalidade correspondente às operações internas quando da utilização do combustível, conforme feito na ação fiscal, para se chegar a uma real utilização do crédito do combustível. Afirma ser inverdade que não reconheceu o creditamento do ICMS recolhido na compra de combustíveis, como alega o contribuinte e que as tabelas explicativas desse cálculo encontram-se às fls. 131 a 145 dos autos.

Quanto à terceira infração, a autuante salienta que, às fls. 146 e 147 dos autos, consta o quadro Auditoria da Conta Corrente, devidamente assinado pelo representante, sendo inverdade do autuado quando diz que a auditoria não aponta o documento, impedindo sua localização e confronto.

No que diz respeito à quarta infração, reafirma que às fls. 222 e 223 dos autos constam as tabelas detalhadas dos cálculos que deram origem à infração, assim como também estão, às fls. 235 e 240 a 252 dos autos, acrescidas dos documentos comprobatórios, em relação às infrações 5, 6 e 07.

Por fim, mantém a ação fiscal e pede pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de lançamento de ofício para exigir o débito, no montante de R\$ 359.223,65, relativo a sete irregularidades, sendo todas impugnadas pelo sujeito passivo.

Inicialmente, há de se ressaltar que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, estando o processo administrativo fiscal inserido de todas as provas necessárias para a fundamentação das acusações fiscais e a devida convicção dos julgadores sobre a lide, razão para rejeição da preliminar de nulidade, cujo enquadramento dos fatos infracionais apontados se reportam aos dispositivos regulamentares infringidos, vigentes à época dos fatos geradores ocorridos, sendo descabida a alegação do defendente de que deveriam ser aplicadas normas regulamentares nem sequer existentes à época dos fatos e até mesmo da lavratura do Auto de Infração.

Ademais, a vigência, no espaço e no tempo, da legislação tributária rege-se pelas disposições legais aplicáveis às normas jurídicas em geral, consoante art. 101 do CTN, sendo que a norma só se aplica a ato ou fato pretérito quando for expressamente interpretativa ou, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando: a) deixe de defini-lo como infração; b) deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, consoante art. 106 do CTN.

Há de se ressaltar que, conforme previsto no art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, *“A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”*.

Diante de tais considerações, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Igualmente, deixo de acatar a preliminar de decadência relativa aos créditos exigidos nos períodos compreendidos entre janeiro e março de 2007, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...”*, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 30.03.2012, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2007, cabendo ao autuado, contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, assim como a autoridade julgadora, cumprir a legislação baiana, até o momento em que haja propositura do Secretário da Fazenda de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal, consoante previsto no art. 168 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, com exceção da segunda infração, o defendente nada apresenta de objetivo, limitando-se a reiterar suas alegações preliminares de que o enquadramento das infrações se lastrou em norma já revogada ou de que os demonstrativos que fundamentam as acusações não consignam o documento que dá origem ao suposto crédito tributário, o que não é verdade, conforme se pode comprovar dos autos, cujos argumentos já foram analisados nas preliminares.

Deve-se salientar que o artigo 123 do RPAF assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação, o que não ocorreu.

Assim, como se tratam de alegações vazias e não tendo o sujeito passivo demonstrado a existência de qualquer equívoco cometido pela autuante, entendo insuficientes as razões de defesa para elidir as acusações fiscais, as quais estão fundamentadas em levantamentos onde constam números apurados na própria escrita do contribuinte, cujos demonstrativos foram entregues cópias ao autuado. Logo, concluo como verdadeiros os números apurados no levantamento fiscal e, em consequência, subsistente as infrações analisadas.

Em relação à segunda infração, objeto da exceção da análise acima, o autuado alega que o combustível é insumo para sua atividade de transporte de cargas e, como tal, com direito ao crédito fiscal. Já a autuante diz ser descabida essa alegação, pois é necessário aplicar a proporcionalidade correspondente às operações tributadas quando da utilização do combustível, conforme apurado às fls. 131 a 145 dos autos, para se chegar à utilização devida do crédito do combustível.

De fato por se tratar de contribuinte com atividade de transporte de cargas, sendo objeto de tributação do ICMS apenas as operações interestaduais, a autuante, através do CTRC, levantou mensalmente o valor total das operações de prestação de serviço e das operações internas e interestaduais, apurando a proporção das operações tributadas (interestaduais) para, em seguida, aplicar tal percentual sobre o crédito fiscal utilizado pelos insumos adquiridos no mês e determinar o crédito proporcional a que o contribuinte teria direito e, em consequência, o crédito indevido utilizado, a exemplo do demonstrativo à fl. 131 dos autos, em relação ao exercício de 2008.

Posteriormente, a título de estorno de crédito, a autuante debitou os valores utilizados à maior, que somados aos débitos pelas saídas tributadas apurou o total do débito mensal, conforme fl. 133 do PAF.

Por fim, a partir do saldo credor inicial do ICMS, cotejou os totais dos créditos mensais, apurados pelo autuado (fl. 132), com os totais dos débitos mensais (fl. 133), refazendo a conta-corrente do ICMS da empresa, detectando a existência de saldos devedores nos meses de maio a dezembro de 2008, conforme demonstrado à fl. 134 dos autos, cujos valores foram objeto da segunda infração.

Esta mesma metodologia foi aplicada para os exercícios de 2009 e 2010, consoante documentos às fls. 136 a 145 dos autos, formatando o total da segunda infração.

Assim, diante de tais considerações e não tendo o autuado contestado os números do levantamento fiscal da autuante, considero corretos os dados consignados no Auto de Infração, haja vista que tal apuração resulta da correta aplicação do direito do crédito fiscal proporcional às prestações de serviços de transportes tributadas, ou seja, após a exclusão dos créditos fiscais indevidos.

Contudo, cabe ressaltar que a autuante deixou de exigir o ICMS devido de R\$ 31.929,12, referente ao mês de novembro de 2009, conforme apurado à fl. 139 dos autos, como também o valor de R\$ 847,77, relativo ao mês de novembro de 2010, consoante fl. 144 dos autos, do que, nos termos previstos no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, objetivando o lançamento do crédito tributário para recuperação do imposto.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232951.0002/12-7**, lavrado contra **C. M. DE LACERDA TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$359.223,65**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 229.968,77 e de 60% sobre R\$ 129.254,88, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “a”, “b”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se à autoridade fiscal pela lavratura do lançamento de ofício complementar, em relação à segunda infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR