

A. I. Nº - 232875.1210/11-0
AUTUADO - RODSTAR TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO LUIS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET 19.12.2012

**4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0299-04/12**

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das compras não escrituradas. O autuante admitiu ter cometido equívoco no lançamento de ofício. Infração 1 descaracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Ilícito não impugnado. Infração 02 mantida. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. O ICMS incide somente quando da ocorrência da circulação de mercadorias, resta claro que não se comprehende a operação de leasing na sua hipótese de incidência tributária. Infração 4 descaracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DOCUMENTOS FALSOS OU INIDÔNEOS. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento para o qual tenham sido prestados os serviços, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte ou os serviços por ele tomados tenham sido acompanhados de documento fiscal idôneo. Infração 3 caracterizada. b) COMPRA DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020. Infração 5 caracterizada. c) DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR EM DOCUMENTO FISCAL. Carga tributária estatuída no art. 87, XIX do RICMS/1997. Infração 6 caracterizada. d) ESCRITURAÇÃO NO PERÍODO EM QUE APURAVA O IMPOSTO COM BASE NO CRÉDITO PRESUMIDO. Infração 7 caracterizada. e) FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS COM PRESTAÇÕES SUBSEQUENTES NÃO TRIBUTADAS. O autuante considerou os valores glosados em infrações anteriores. Infração 8 parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Atendido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no dia 22/12/2011, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$ 308.978,14, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo discriminadas.

INFRAÇÃO 1 – Entradas de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 7.200,00, prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de material destinado ao uso e consumo. ICMS de R\$ 877,98. Multas de 50% e 60%, previstas no art. 42, I, “b”, 2 e 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 – Utilização indevida de crédito, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos (art. 209, RICMS/1997). Consta que se trata de notas relativas a prestações de serviços sujeitas ao ISSQN. ICMS de R\$ 35.689,98 e multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 4 – Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao ativo imobilizado (caminhões novos). ICMS de R\$ 87.780,00. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 5 – Utilização indevida de crédito, relativo à aquisição de material para uso e consumo (gasolina). ICMS de R\$ 11.735,60 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 6 – Utilização indevida de crédito, em decorrência de destaque de imposto a maior em documentos fiscais. Está dito que o contribuinte utilizou crédito com alíquota de 17%, quando a legislação permite apenas 15%. ICMS de R\$ 20.120,37 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 7 – Escrituração de crédito fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a sua aquisição, a prestação de serviço tomado ou a configuração do direito (de se creditar). O autuante registrou que o ilícito relaciona-se com a utilização indevida de crédito, originária de aquisição de mercadorias em dezembro de 2010, quando o sujeito passivo era optante da apuração com base no crédito presumido. ICMS de R\$ 2.271,97 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 8 – Falta de estorno de crédito do tributo, atinente às entradas de mercadorias com prestação de serviço subsequente não tributada. ICMS de R\$ 143.302,24 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei 7.014/1996.

Através de advogado regularmente constituído (fl. 457), o contribuinte ingressa com impugnação às fls. 433 a 454.

Inicialmente, aduz a tempestividade da peça e consigna que é prestador de serviço de transporte, fiel cumpridor dos seus deveres.

Em preliminar de nulidade, assevera que a fiscalização foi encerrada em 30/06/2011 e que o período auditado foi de 01/01/2009 a 31/08/2011, o que lhe causa perplexidade, pois não entende como poderia o autuante ter constatado fatos “ocorridos posteriormente”.

Com fundamento nos princípios da legalidade, ampla defesa e do contraditório, transcrevendo doutrina, legislação e jurisprudência, pontua que a capitulação é fundada apenas em normas regulamentares, aprovadas por Decreto, quando deveriam ter como embasamento a Lei.

No mérito da infração 1, afirma que os documentos auxiliares de Notas Fiscais Eletrônicas nºs 106.769, 106.770, 107.771, 106.772, 106.927, 109.882 e 109.883 são concernentes a caminhões usados. Indicando os elementos constantes do documento 04, que anexa, diz serem emitidos pela VOLVO DO BRASIL VEÍCULOS para escriturar na sua contabilidade, vez que, por se tratar de venda do ativo imobilizado da RODSTAR TRANSPORTES RODOVIÁRIOS, a mesma não tem obrigação de emitir nota alheia a seu objeto social, o que pode ser constatado nos campos “NATUREZA DA OPERAÇÃO”. Assim, a seu ver, fica claro que trata-se de entrada de mercadoria na VOLVO DO BRASIL VEÍCULOS decorrente de compra de caminhões usados para revenda.

Com relação à infração 3, argumenta que o dispositivo da legislação relativo à multa foi equivocadamente indicado, pois a alínea correta seria a “h”, e não a “j”, conforme transcrições de fls. 442/443, o que por si só justificaria a anulação (da multa).

Ademais, a acusação também não procede. Diz ser sociedade prestadora de serviços que abrangem todo o território do Brasil, e que, por motivos óbvios, não teria como abastecer os veículos apenas em seu estabelecimento. Por isso, firmou contrato com a TICKET SERVIÇOS S/A, que fornece cartões para os motoristas abastecerem em postos de combustíveis conveniados.

Ao final de cada mês, a mencionada sociedade informa os totais devidos e emite notas fiscais de serviço de intermediação de negócios, onde restam destacados os montantes concernentes aos combustíveis e aos serviços prestados. Segundo alega, foram os créditos dessas notas que o auditor fiscal glosou, o que impugna com fundamento no art. 97, VII, RICMS/1997.

“E nem se afirme que não houve comprovação do recolhimento do imposto, posto que, por força do art. 512-A do RICMS, as operações relativas ao óleo diesel e à gasolina estão enquadradas no regime de substituição tributária para frente, ou antecipação tributária, sendo o refinador o responsável (...).”

No que diz respeito à infração 04, entende como fato relevante a anotação apostada no campo “*Observações*” do Auto, no qual o auditor afirma que “*o contribuinte se esquivou em citar o inc. XII do art. 6º, pois, a operação inicial foi de aquisição com tributação normal, o que não incide o ICMS é a segunda operação realizada junto ao Banco Itaú*”. Estaria tentando assim, a autoridade fiscal, desenquadrar a operação da hipótese de “isenção” prevista no art. 6º, XII, RICMS/1997, transcrita à fl. 447 (alienação fiduciária em garantia).

Como se observa nas notas anexadas à impugnação (documento 06) e no contrato bancário (documento 07), as transações autuadas são de alienação fiduciária em garantia. Ou seja, o bem jamais integrou o seu ativo imobilizado, mas sim o da instituição financeira, em função de que não se pode afirmar que houve compra e venda entre a VOLVO e a RODSTAR.

Prosegue alegando que o enquadramento legal da infração 5 faz referência a artigo errado do RICMS/1997, pois foi esquecida a hipótese prevista no art. 93, I, “f” (fl. 448). Ainda que a gasolina não fosse destinada ao serviço de transporte interestadual e intermunicipal, o direito ao crédito não seria afastado, por força do inciso V do mesmo artigo.

Mais uma vez reclama nulidade, desta feita concernente à infração 06, vez que no RICMS/1997, segundo sustenta, não existe o art. 124, XI, que fundamentou a autuação. Na sua concepção, em nenhum momento a legislação prevê alíquota de 15% para o óleo diesel ou para qualquer produto.

Não seria invocável o art. 87, XIX, que reduz a carga tributária para 15%, pois aplicação de alíquota é coisa distinta de base de cálculo, o que demonstra erro na descrição dos fatos, elemento dificultador da compreensão.

Em relação às duas últimas infrações, afirma que a de número 08 fere o princípio da não cumulatividade. Referindo-se a ambos os ilícitos, pontua que “*deixou de observar a autoridade, a circunstância particular da RODSTAR que em todo o período teve mais créditos do que débitos. É dizer, com a glosa do crédito fiscal, ainda existiriam créditos sobrando para fazer jus a parte do imposto devido*”.

Ainda em relação à infração 08, o auditor teria calculado a proporcionalidade sobre o valor total dos créditos, deixando de “abater” do montante os próprios valores por ele glosados anteriormente, em outras infrações, situação que resulta em grande diferença, conforme exemplifica na planilha de fl. 453.

Pede diligência, para que se apure o imposto correto, reconhecendo a procedência parcial das imputações.

Pleiteia nulidade das infrações com datas posteriores ao encerramento da fiscalização (30/06/2011); daquelas fundadas apenas no Regulamento, sem lei correspondente; improcedência das números 1, 3, 4, 5, 6 e 8 e revisão das números 7 e 8.

Na informação fiscal, de fls. 698 a 700, o autuante pondera que é a data de lavratura que determina a “*eficácia no mundo e no tempo jurídico*” do Auto de Infração, não o período fiscalizado, em relação ao qual houve equívoco subsidiário, em virtude de que o pedido de nulidade não deve ser atendido. Quanto às fundamentações, todas emanaram da Lei nº 7.014/1996.

Solicita a declaração de improcedência da primeira infração, pois, como diz, não observou o código zero no instante em que efetuou o levantamento.

Mantém a terceira, porquanto os documentos são relativos ao ISSQN, e, por isso, não há direito a crédito.

Quanto à infração 4, transcrevendo o art. 5º, I (fl. 699), alega que o Regulamento do ICMS da Bahia não recepciona as alegações defensivas em seus arts. 6º e 7º.

Entende que o crédito de combustíveis não usados na área afim por prestadores de serviço de transporte não é permitido, pelo que nada muda na infração 5.

O dispositivo a que se refere o enquadramento legal da infração 06 é o art. 124, inciso I, RICMS/1997, e não o inciso XI, como foi grafado. Tal erro não enseja nulidade, por ser subsidiário e concernente à data de pagamento do tributo.

No que tange às infrações 7 e 8, registra o seu entendimento de que os cálculos dos levantamentos fiscais não podem deixar de considerar os valores glosados em infrações anteriores relativas ao uso de crédito indevido, sob pena de restarem corrompidos.

Coloca-se à disposição para esclarecimentos e requer a procedência da autuação.

Às fls. 703 a 705 foram juntados comprovantes de pagamento parcial.

Na pauta de 22 de maio de 2012 (fl. 707), a 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal – converteu o feito em diligência, para que fossem retiradas dos levantamentos das infrações 7 e 8 as quantias glosadas em infrações anteriores. Igualmente, foi solicitada a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, com a científicação do autuado de que a multa da infração 03 está tipificada no art. 42, IV, “h” da Lei nº 7.014/1996, e que o enquadramento da infração 06 se encontra no art. 127, I do RICMS/1997.

Em nova informação, de fl. 709, o autuante afirma que na infração 07 não há qualquer ajuste a ser efetuado, pois se refere a documentos específicos, somente relacionados no demonstrativo de fls. 418 a 423.

Quanto à infração 08, considerando as glosas efetuadas em outras infrações, anexou planilhas às fls. 710/711, de maneira que o ICMS restou modificado de R\$ 143.302,23 para R\$ 103.226,79.

O contribuinte apresenta manifestação à fl. 717, reiterando os termos da peça de defesa e alegando que nos cálculos refeitos não foram considerados os créditos relativos à gasolina (documento 09 da impugnação).

À fl. 720 o auditor pontua que nada tem a alterar.

VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento administrativo foram devidamente observados, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, indicando os documentos e demonstrativos, que se mostram perfeitamente compreensíveis, bem como seus dados e cálculos, assim como especificou o embasamento jurídico.

Portanto, nada existe que possa macular o lançamento de ofício de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e na conversão do feito em diligência, com reabertura do prazo de defesa de trinta dias.

O enquadramento da infração 5 está correto.

No que tange ao campo “Alíquota (H)” dos demonstrativos da infração 6 (fls. 274/275, por exemplo), foi preenchido com o percentual correspondente à carga tributária estatuída no art. 87, XIX do RICMS/1997; erro meramente incidental, que em nada prejudica a compreensão da acusação, mesmo porque o próprio sujeito passivo citou o referido dispositivo regulamentar na sua defesa.

De acordo com o que foi exposto linhas acima, no Relatório, os equívocos relativos à indicação da multa da infração 3 e do enquadramento da infração 6 foram devidamente saneados, sem

prejuízo para o defendant, posto que lhe foram concedidos mais 30 (trinta) dias de prazo, equivalente ao da impugnação.

Como o próprio nome do documento cuja primeira folha é a de número 01 dos autos nos mostra, “*AUTO DE INFRAÇÃO / TERMO DE ENCERRAMENTO*”, a conclusão dos trabalhos de auditoria se deu no dia 22/12/2011 (campo “*Data*”), não havendo, dessa forma, qualquer data de ocorrência posterior a esta.

No que concerne à capitulação dos ilícitos, o art. 19 do RPAF/1999 estatui que a indicação do dispositivo regulamentar corresponde ao de lei que lhe seja correspondente.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

O pleito de diligência foi atendido e não há, neste momento, motivos que ensejam a necessidade de uma outra.

A infração 2 não foi impugnada. Assim, com fundamento no art. 140 do RPAF/1999, a mesma não terá o mérito apreciado neste julgamento.

Infração mantida.

No mérito da infração 1 (entradas de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita; demonstrativo à fl. 135), o autuante reconheceu não ter observado que os documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas de fls. 478 a 484 não eram de entrada no estabelecimento autuado, pois continham o dígito 0, indicativo da aquisição de veículo usado pela Volvo do Brasil Veículos Ltda.

Infração descaracterizada.

A terceira infração versa sobre utilização indevida de crédito, referente a documentos fiscais tidos como falsos ou inidôneos (art. 209, RICMS/1997): notas relativas a prestações de serviços sujeitos ao ISSQN.

O art. 91, RICMS/1997, o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento para o qual tenham sido prestados os serviços, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte ou os serviços por ele tomados tenham sido acompanhados de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco.

Por razões lógicas, as tais “*notas fiscais de serviço de intermediação de negócios*”, segundo a denominação dada na defesa, não se prestam ao destaque do ICMS, visto que relativas ao imposto municipal ISSQN, o que demonstra a improcedência das pretensões do contribuinte.

“Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de “Nota de Conferência”, “Orçamento”, “Pedido” e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documento fiscal” (art. 209, II, RICMS/1997).

Infração 3 caracterizada.

Com respeito à infração 4 (falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao ativo imobilizado (caminhões novos)), o impugnante alega que não deve prosperar, porque as operações ocorridas foram de alienação fiduciária em garantia, sem transmissão de propriedade (art. 6º, XII, RICMS/1997).

Com efeito, os documentos de fls. 570 a 679 comprovam não ter havido a circulação jurídica dos bens. Considerando-se, assim, que o ICMS incide somente quando da ocorrência da circulação de mercadorias, resta claro que não se comprehende a operação de leasing na sua hipótese de incidência tributária, uma vez que a mudança, para estes efeitos, é comprehendida pela transferência da titularidade, inexistente na mesma.

Infração 4 descaracterizada.

Quanto à infração 5, pretende o impugnante fazer uso de crédito referente à gasolina, ainda que não fosse destinada ao serviço de transporte interestadual e intermunicipal, tudo isso com base no art. 93, V, RICMS/1997.

Não lhe assiste razão, a redação atual da alínea "b", do inciso V do caput do art. 93 foi dada pela Alteração nº 141 do Regulamento, com efeitos a partir de 24/12/2010, e dispõe que o direito ao crédito na aquisição de material de uso e consumo se dará no prazo estabelecido na Lei Complementar nº 87/1996.

"Somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020" (art. 33, I, LC 87/1996).

Infração 5 caracterizada.

Conforme acima exposto, a correção atinente ao enquadramento da infração 6 foi efetuada, sem que o defensor tenha se insurgido contra a mesma.

Infração 6 caracterizada.

A sétima infração decorre de uso de crédito fora do período em que tinha o contribuinte o direito ao mesmo. Restou comprovada nos autos a utilização indevida do direito, originária de aquisição de mercadorias em dezembro de 2010, quando o sujeito passivo era optante da apuração com base no crédito presumido.

Referindo-se às infrações 7 e 8, o defensor disse que a fiscalização não deduziu os créditos a que fazia jus, pois, segundo informou, em todos os períodos autuados possuía saldos credores. Ocorre que o crédito é escritural, entendimento já assentado neste Conselho de Fazenda, e o fato de o valor indevidamente utilizado ser menor do que o de direito não descharacteriza o ato infracional.

Infração 7 caracterizada.

Relativamente à infração 8, atendendo à diligência solicitada pela 4ª JJF, o autuante considerou os valores glosados em infrações anteriores concernentes ao uso de crédito indevido.

Acolho os levantamentos de fls. 710/711, elaborados pelo fisco, de maneira que o ICMS seja modificado de R\$ 143.302,23 para R\$ 103.226,79.

Infração parcialmente elidida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 173.922,69, com a homologação dos valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232875.1210/11-0, lavrado contra **RODSTAR TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$173.922,69**, acrescido das multas de 50% sobre R\$131,85, 60% sobre R\$138.100,86 e 100% sobre R\$35.689,98 prevista no art. 42, incisos I, "b", 2, II, "f", VII, alíneas "a" e "b" e IV, "j", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA