

PROCESSO - A. I. Nº 108875.0010/11-7
RECORRENTE - TRANSPORTES LDR LTDA. (TRANSPORTES TANELLO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0108-02/12
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 12.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0264-13/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. Restou comprovado que o crédito fiscal foi utilizado a mais que o devido. Infração subsistente. Mantida a Decisão. **b)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. Quanto às aquisições de gasolina, a infração está caracterizada, tendo sido, inclusive, reconhecida pelo recorrente. No que tange às aquisições de óleo diesel, a exigência fiscal é nula, pois não há nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a ocorrência do ilícito fiscal. Infração subsistente em parte. Modificada a Decisão. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DOS CTRCs. Comprovada a falta de registro dos CTRCs. Configurada a infração. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$199.816,49, versando o Recurso sobre as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Consta que a alíquota permitida para a apuração do imposto era de 15% e, no entanto, foi utilizada a alíquota de 17%. Lançado ICMS no valor de R\$16.083,20, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal do ICMS no valor de R\$ 134.712,77, relativo às entradas de mercadorias utilizadas para fins alheios à atividade do estabelecimento. Consta que utilizou crédito fiscal de combustível não vinculado a operações de prestação de serviços de transportes de cargas, apurado através da vinculação entre a placa do veículo constantes nos tickets de abastecimento e a placa destacada no respectivo CTRC. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - Deixou de recolher nos prazos regulamentares ICMS referente a prestações de serviço de transporte não escrituradas nos livros fiscais próprios. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 44.493,94, mais multa de 70% e 100%.

O autuado apresentou defesa, a informação fiscal foi prestada e, em seguida, o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o relator fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

Quanto à infração 01, argumenta que equivocadamente o agente fiscal aplicou a alíquota de 15% para fins de crédito na aquisição de Óleo Diesel, quando a alíquota a ser aplicada seria a de 17% e cita artigos, incisos e alíneas do RICMS.

Cabe concordar com as linhas produzidas pelo autuante ao aduzir que desde set/03 o RICMS, através do art. 87, inc. XIX, concede a redução da base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 15%. O autuante constatou que na escrituração fiscal e consequentemente no uso do crédito fiscal o sujeito passivo aplicou e registrou sobre o total da operação fiscal a alíquota de 17%, utilizando dessa forma crédito fiscal superior ao limite legal.

[...]

Assim, considero procedente a infração 01.

No que tange a infração 03 o sujeito passivo afirma que a exigência de vinculação entre os tickets e os CTRC é descabida e que com relação ao óleo diesel todos os tickets possuem a placa do veículo lançado e todos são de propriedade do contribuinte, razão pela qual se presume que foram utilizados nas suas atividades. Diz ainda que presta serviços terceirizados de fretes a outras empresas que emitem CTRC em seus nomes, conforme documentos em anexo, fls. 1352 a 1359, porém os veículos do autuado precisam abastecer para prestar o serviço. Assim, o simples confronto de informações não é suficiente para se afirmar a ocorrência de infração fiscal, necessitando de outros elementos de convencimento que levem a certeza da ocorrência da infração. Que o relatório não aponta datas, números dos conhecimentos CTRC em que isso teria ocorrido em legítima afronta ao contraditório e a ampla defesa. Que o relatório apresenta apenas o número da nota Fiscal.

Mais uma vez cabe acolher as arguições do autuante, pois afirma que o uso indevido desses créditos foi confirmado pelo próprio sujeito passivo, em sua defesa, ao afirmar que “presta serviços terceirizados de fretes a outras empresas que emitem CTRC em seus nomes (anexa alguns CTRC’s de outras transportadoras), porém os veículos da empresa precisam ser abastecidos para prestarem os serviços”. O autuado, com tais alegações, reitera que utiliza crédito fiscal oriundo de serviços transportados através de CTRC’s emitidos por terceiros. Todos os demonstrativos elaborados pelo preposto fiscal foram devidamente entregues ao contribuinte, confirmado pelo mesmo com a assinatura em cada demonstrativo, bem como quando afirma que recebeu os relatórios indicando o número das notas. Tais documentos estão na posse do autuado, com os respectivos dados. Diante do exposto, fica mantida a infração 03.

Quanto à infração 05, argumenta o autuado que é uma interpretação equivocada do agente fiscal, pois, os conhecimentos constantes no relatório encontram-se devidamente lançados nos livros próprios. Encerra pedindo a improcedência das infrações citadas e requer o prazo de 20 (vinte) dias para juntada de cópia dos livros fiscais.

O autuante demonstra que as afirmações do autuado não tem amparo, pois as planilhas e cópias dos referidos CTRC’s (vide fls. 843 a 937) do PAF, e, às fls. 939 a 1309 do PAF constando anexo cópias dos livros fiscais que comprovam a inexistência de registro daqueles documentos fiscais.

[...]

Assim, a infração 05 está caracterizada.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 1390 a 1393) e, referindo-se à Infração 1, afirma que equivocadamente o autuante aplicou a alíquota de 15% para apurar o crédito fiscal referente à aquisição de óleo diesel, quando a alíquota constante nas notas fiscais e prevista no art. 50, I, “a”, do RICMS-BA, é de 17%. Transcreve dispositivos do RICMS-BA/97, referentes ao direito a crédito fiscal de ICMS por parte das empresas prestadoras de serviço de transporte.

Quanto à Infração 3, inicialmente, frisa que os créditos de ICMS referentes a gasolina são mínimos e, por esse motivo, reconhece o lançamento indevido.

Quanto aos créditos decorrentes de aquisições de óleo diesel, diz que nos tickets consta a placa de veículo de sua propriedade, razão pela qual se presume que foram utilizados nas suas atividades. Classifica como descabida a exigência de vinculação entre os tickets e os CTRCs.

Diz que presta serviços terceirizados de fretes a empresas que emitem CTRCs em seu nome (fls. 1352 a 1359), porém os seus veículos precisam ser abastecidos para prestar esses serviços terceirizados. Sustenta que o simples confronto de informações não é suficiente para comprovar a suposta infração.

Afirma que o relatório elaborado pelo autuante não aponta datas e números dos CTRCs, afrontando, assim, o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Diz que esse citado relatório informa apenas o número da nota fiscal de óleo diesel que se refere a vários abastecimentos, porém, não aponta qual desses abastecimentos não teria relação com o CTRC.

Relativamente à Infração 5, afirma que houve uma interpretação equivocada do autuante, pois os conhecimentos de transporte de carga constantes no relatório encontram-se devidamente lançados nos livros próprios. Pede que seja decretada a nulidade dessa infração.

Ao finalizar, solicita que seja dado provimento ao seu Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida e julgar as infrações impugnadas improcedentes.

Ao exarar o Parecer de fls. 1409 e 1410, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que as alegações recursais não merecem acolhimento.

Diz que o produto óleo diesel, à época dos fatos, conforme o art. 87, inc. XIX, do RICMS-BA, gozava de redução de carga tributária e, por essa razão, o imposto lançado foi apurado utilizando a alíquota de 15%. Afirma que a Infração 3 está caracterizada com o reconhecimento do recorrente de que utilizava crédito fiscal referente a combustível de veículo de outra empresa. Quanto à Infração 5, diz que os CTRCs estão registrados, porém o ICMS não foi recolhido.

Ao finalizar, a ilustre Parecerista opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata a Infração 1 da utilização de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao permitido pela legislação, nas aquisições de óleo diesel, no período de maio de 2009 a julho de 2011, em virtude da apuração do crédito fiscal empregando a alíquota de 17% em vez de 15%.

No período abarcado pela Infração em comento, assim dispunha o art. 87, XIX, do RICMS-BA/97:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

[...]

XIX - das operações internas com óleo diesel em 40% (quarenta por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 15% (quinze por cento);

Ao se examinar os demonstrativos elaborados pelo autuante e as photocópias das notas fiscais acostadas aos autos, verifica-se que o recorrente, ao se apropriar do crédito fiscal decorrente das aquisições de óleo diesel, apurou o imposto considerando uma carga tributária equivalente a 17%, quando o correto seria 15%, conforme o art. 87, XIX, do RICMS-BA/97, acima transscrito.

O fato de constar a alíquota de 17% nos documentos fiscais não autoriza a utilização do crédito, pois a legislação tributária só permite apropriação do crédito fiscal corretamente calculado.

Dessa forma, foi correto o procedimento do autuante e, em consequência, não há reparo a fazer na Decisão de primeira instância quanto a esse item do lançamento.

Trata a Infração 3 da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS referente a entradas de mercadorias (diesel e gasolina) utilizadas em fins alheios à atividade do estabelecimento.

Quanto aos créditos fiscais decorrentes de aquisições de gasolina, a acusação está caracterizada, pois esse combustível não é empregado em abastecimento de caminhões e, além disso, o próprio recorrente reconheceu a procedência da exigência fiscal quanto às aquisições de gasolina.

No que tange às aquisições de óleo diesel, após examinar os demonstrativos de fls. 239, 249, 272, 286 ... 815, 818 e 825 e os documentos fiscais acostados ao processo, não vislumbro como se afirmar que o combustível em questão tenha sido utilizado em “*fins alheios à atividade do estabelecimento*”, como está consignado na descrição da infração.

Segundo consta no Auto de Infração e nos correspondentes demonstrativos, o autuante apurou a parcela do crédito fiscal que considerou indevida mediante a “*vinculação entre a placa do veículo constante nos tickets de abastecimento e as placas destacadas nos respectivos CTRC*”.

Esse procedimento do autuante não possui amparo legal, pois a apuração do ICMS devido se faz mediante o confronto do total dos débitos com o total dos créditos, não havendo previsão de que cada crédito esteja vinculado ao débito correspondente. Não se pode exigir que o crédito atinente a uma determinada aquisição de diesel corresponda a um débito decorrente da prestação de serviço de transporte realizada com exatamente aquele óleo diesel, uma vez que o óleo diesel constitui um dos insumos da prestação de serviço de transporte rodoviário de carga.

A infração imputada ao recorrente não se confunde com a glosa de crédito fiscal referente às prestações não tributadas pelo ICMS, a exemplo das prestações internas, pois a metodologia que foi empregada na ação fiscal não reflete essa hipótese.

Na informação fiscal, foi dito que o recorrente “*sonega receita e ainda utiliza crédito fiscal oriundo de serviços transportados através de CTRC's emitidos por terceiros*”. Todavia, esse argumento não comprova a infração originariamente imputada ao autuado. Ademais, essa *sonegação de receita* não foi apurada e demonstrada pela autoridade fiscal competente.

Em face ao acima exposto, no que tange às aquisições de óleo diesel, a Infração 3 é nula por falta de elementos para se determinar, como segurança, a infração imputada ao recorrente, a teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, quanto represento à autoridade competente que providencie o refazimento da ação fiscal referente à Infração 3, quanto às operações com óleo diesel, a salvo de falhas. Ressalto que, por se tratar de nulidade decorrente de vício material, no refazimento da ação fiscal, deverá ser observado o prazo decadencial.

Dessa forma, a Infração 3 subsiste parcialmente no valor de R\$ 1.254,12, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

Data Ocorr.	Base Cálculo	Alíquota	Multa	Valor
30/06/09	212,47	17%	60%	36,12
31/07/09	800,59	17%	60%	136,10
31/12/10	784,41	17%	60%	133,35
31/01/11	561,24	17%	60%	95,41
28/02/11	558,29	17%	60%	94,91
31/03/11	747,53	17%	60%	127,08
30/04/11	224,47	17%	60%	38,16
31/05/11	428,06	17%	60%	72,77
30/06/11	385,65	17%	60%	65,56
31/07/11	1.291,59	17%	60%	219,57
31/08/11	621,59	17%	60%	105,67
30/09/11	761,41	17%	60%	129,44
Valor Remanescente da Infração 3				1.254,14

No que tange à Infração 5, o recorrente repete o mesmo argumento trazido na defesa, isto é, “os conhecimentos constantes no relatório encontram-se devidamente lançados nos livros próprios”.

Ao se examinar as fotocópias dos livros fiscais próprios acostadas ao processo pelo autuante, verifica-se que os CTRCs relacionados na autuação não se encontram escriturados e, portanto, a infração subsiste em sua totalidade, não havendo reparo a fazer na Decisão de Primeira Instância quanto a esse item do lançamento.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a Infração 3 Procedente em Parte, mantendo inalterada a Decisão que julgou Procedentes as demais Infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 108875.0010/11-7, lavrado contra **TRASPORTES LDR LTDA. (TRANSPORTES TANELLO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$66.357,86**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.863,92, 70% sobre R\$16.235,79 e 100% sobre R\$28.258,15, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, alíneas “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS