

PROCESSO - A. I. Nº 206983.0001/13-0
RECORRENTE - DAX OIL REFINO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0050-02/14
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 01.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0350-12/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE SOBRE OPERAÇÕES DE SAÍDAS ISENTAS DE MERCADORIAS. Os extratos de pagamentos de tributos do Sujeito Passivo, às fls. 218/219, em cotejo com o livro Registro de Apuração de ICMS, comprovam que, de fato, foi efetuado o pagamento dos seus impostos absolutamente dentro dos prazos de Lei, no montante correto e sem que fosse aproveitados os créditos referidos na acusação fiscal. Infração descaracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, para exigir do recorrente imposto no valor de R\$78.340,16, acrescido da multa de 60% e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 20/09/2013 decorre de uma infração que acusa o Sujeito Passivo de utilização indevida, na condição de remetente de mercadoria, de crédito fiscal de ICMS, relativo a frete de mercadorias em saídas isentas e não tributadas, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora ou autônomo. Ocorrências datadas do último dia dos meses de junho a novembro de 2009.

Consta na descrição dos fatos: “*Venda de óleo condensado de petróleo, para outro estado, operação imune, utilizando o valor do ICMS pago pela transportadora indevidamente na conta corrente do ICMS na coluna Outros Créditos, infringindo o art.95, II do RICMS/97, Decreto 7.284 de 14/03/97*”.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 2ª JJF decidiu, por maioria de votos, que é procedente o Auto de Infração, conforme transcrição dos votos vencedor e discordante abaixo transcritos, *in verbis*:

VOTO

Assim, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização encontram-se em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte autuado.

No mérito, é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente, na condição de remetente da mercadoria, crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas isentas e não tributadas, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora ou autônomo. Ou seja, trata de utilização indevida de crédito fiscal relativo a frete sobre operações de saídas de mercadorias imunes (óleo condensado de petróleo) para outro Estado, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora ou autônomo, utilizando o valor do ICMS pago pela transportadora indevidamente na conta corrente do ICMS na coluna Outros Créditos, infringindo o art. 95, II do RICMS/97, Decreto nº 7.284 de 14/03/97.

Analizando os papéis de trabalho que fundamentam a autuação, constato que para embasar a autuação foram acostados aos autos cópias do livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), fls. 07 a 15, e respectivos Conhecimentos de Transportes Rodoviários de Cargas, fl. 61.

Pelos termos da defesa, noto que não foi negado o lançamento dos créditos fiscais no livro fiscal. A tese defensiva é de que não houve o aproveitamento do crédito fiscal na época da escrituração do livro fiscal, e muito menos nas apurações que originaram os pagamentos do ICMS devido em cada mês apontado pelo autuante. Inclusive, diz que estes créditos passaram a constar no livro fiscal após a retificação do Sintegra e que por equívoco lançou em “Outros Créditos” os pagamentos efetuados pela transportadora.

Não há dúvida de que realmente é imune a operação de venda de saída de óleo condensado de petróleo) para outro Estado. Contudo, não é este o fulcro da autuação: a conclusão da fiscalização é que o autuado utilizou o crédito fiscal referente ao transporte de tais mercadorias sobre operação imune do imposto.

Assim, considero caracterizada a infração, não havendo possibilidade de utilização do crédito fiscais relativo a frete, por se tratar de operação imune, tendo em vista a vedação expressa no artigo 95, II, combinado com o artigo 97, II, “b”, do RICMS/97.

Assim, deve ser mantida na autuação.

Quanto a transformar o imposto em multa por embarço à ação fiscal, como sugerido pelo autuante, não acato tal sugestão, por restar caracterizado o cometimento da infração.

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

VOTO DISCORDANTE

Discordo, com a devida venia, do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua Decisão de julgar procedente o Auto de Infração em epígrafe, cuja acusação é de:

INFRAÇÃO 01-01.02.81 – Utilizou indevidamente, na condição de remetente de mercadoria, crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas isentas e não tributadas, cuja prestação de serviço foi efetuada por transportadora ou autônomo.

Venda de óleo condensado de petróleo, para outro estado, operação imune, utilizando o valor do ICMS pago pela transportadora indevidamente na conta corrente do ICMS na coluna Outros créditos, infringindo o art. 95, II do RICMS/97, Decreto 6.284 de 14/03/97.

Foi aplicada a multa prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Vislumbro que, conforme dispositivo legal acima citado, até 27/11/07, lançava-se o valor correspondente ao crédito fiscal utilizado indevidamente, acrescido da multa equivalente a 60% desse valor, pois a legislação até então vigente não atrelava a utilização indevida do crédito fiscal a um eventual descumprimento de obrigação principal. Bastava ocorrer a escrituração do crédito fiscal para que justificasse a exigência do imposto e da correspondente multa. Tal entendimento foi seguido pela fiscalização, bem como pelo CONSEF nas lides que envolveram utilização indevida de crédito fiscal.

No entanto, com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, a legislação tributária referente à utilização indevida de crédito fiscal foi modificada, passando a exigir da autoridade administrativa encarregada da sua aplicação uma análise conjunta do disposto nos incisos II, “f”, e VII, “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para que se chegasse à multa e ao valor a ser lançados, ou seja:

1) em determinado mês, no caso de apuração de saldo credor do ICMS em valor superior ao crédito indevido, vale dizer que não importou em descumprimento de obrigação principal, a punição é a multa de 60% do valor do crédito fiscal indevido, nos termos do art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, sem prejuízo da exigência do estorno, de modo a observar a repercussão financeira deste estorno nos meses subsequentes, até o momento que resultasse em saldo devedor do imposto;

2) no caso de apuração de saldo devedor ou credor inferior ao crédito indevido, o que importa em descumprimento de obrigação principal, cobra-se o valor do crédito indevido na primeira hipótese (saldo devedor) ou da diferença entre o crédito indevido e o saldo credor, na segunda hipótese, nos termos do art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Para um melhor entendimento, transcrevo a seguir o disposto no art. 42, II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente a partir de 28/11/07:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal; (grifo nosso)

[...]

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;

No caso em análise, observa-se que os fatos relacionados na Infração são referentes ao exercício de 2009, período condizente com a legislação ora vigente e que o próprio autuante, ao enquadrar a penalidade, a fez invocando o art. 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, ou seja, quando a utilização indevida de crédito fiscal não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo do estorno. Tal fato foi corroborado pelo preposto fiscal, quando da sua informação fiscal, especificamente às fls. 164 e 165 dos autos, assevera que “Houve má fé do autuado registrando crédito indevido, pagando o imposto como se este crédito não existisse e posteriormente refez os cálculos utilizando este crédito, lançando na conta corrente o valor pago a maior com o benefício do crédito”.

Diante destas considerações, nos termos do art. 157 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, voto pela subsistência parcial da infração, para aplicar a multa de 60% sobre o valor do imposto exigido, conforme previsto no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, haja vista que a utilização indevida de crédito fiscal não importou em descumprimento de obrigação principal.

Devidamente intimado, o autuado interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 189 a 196.

Após transcrição integral dos votos vencedor e discordante proferidos por dois dos membros da Junta de Julgamento Fiscal, afirma que o segundo voto, da lavra do então presidente da JJF, Fernando Antonio Brito Araújo, em que pese se aproximar da realidade da impugnação, aduz que conforme suas razões de defesa, não houve utilização de créditos fiscais decorrentes de ICMS de fretes pagos pela transportadora como alega o autuante.

Registra que no início da fiscalização cuidou de apresentar ao autuante os primeiros livros fiscais (Entradas, Saídas e de Apuração do ICMS) que não constavam os valores dos conhecimentos de transportes, bem como as planilhas de cálculo do DESENVOLVE e Demonstrativo de pagamento feito à SEFAZ, o que de nada adiantou, pois, o autuante preferiu considerar os livros retificados para lavrar o Auto de Infração em apreço.

Aduz que a postura do autuante lhe impõe dano financeiro, observando que o procedimento fiscal teve início no dia 15/04/2013 através do Termo de Intimação para “RETIFICAÇÃO DOS ARQUINHOS MAGNÉTICOS” em 07/03/2013 e em 15/04/2013 para “*Apresentação de Livros e Documentos Fiscais*” do período de 2008 a 2011 - Documentos não analisados pelo fiscal autuante nem pelos membros da Junta de Julgamento Fiscal. Evoca o art. 18, do RPAF/BA para dizer da nulidade do lançamento.

Registra que apesar de a acusação ser de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas isentas e não tributadas, na condição de remetente da mercadoria, o dito aproveitamento ou a utilização do crédito não se deu de fato na época da escrituração dos livros fiscais e muito menos nas apurações que originaram os pagamentos do ICMS devido em cada mês apontado pelo auditor.

Consigna que “em virtude das retificações das declarações do SINTEGRA do ano de 2009 e ainda em razão do curto prazo concedido para a elaboração das mesmas, a pessoa responsável pela escrituração e envio, equivocou-se em registrar as GNRE de fretes pagas pela transportadora e lançadas no livro de apuração em ‘outros Créditos’”, também registrando que a sua afirmação pode ser constatada nos livros e memórias anteriores apresentadas ao auditor e que se faziam constar também nos Livros Fiscais (Registros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS) e nas DMA’s, DPD’s e memórias do DESENVOLVE antes das retificações.

Diz que diante das inconsistências do AI, das irregularidades praticadas pelo autuante e por haver “... discordâncias no relatório do ACORDÃO JJF Nº 0050-02/14 quanto ao conteúdo do auto e da aplicação da Lei 7.014/96”, entende que não pode prosperar a acusação fiscal, sobretudo porque não se beneficiou do crédito apontado pelo auditor fiscal, lembrando e reiterando que o dito crédito passou a constar nos livros fiscais e nos registros do SINTEGRA após a retificação, na qual ocorreu erro material que não implicou em prejuízo financeiro para o Estado, e que pode ser

sanado por meio de nova retificação – pede que se faça verificação nas memórias de cálculos anexadas à impugnação onde se poderá constar os recolhimentos do ICMS normal dos meses apontados no Auto de Infração.

Pugna pela declaração de nulidade do Auto de Infração.

No mérito, de plano, aduz ter pago os tributos devidos, afirmando que sua assertiva pode ser verificada nos documentos de arrecadação, livros fiscais, memórias de cálculos do desenvolve anexas à peça de defesa, bem pelos livros apresentados e correspondentes ao período fiscalizado.

Diz que a acusação que lhe pesa parece descabida e com objetivo de lhe penalizar sem levar em consideração que as notas fiscais (Conhecimentos de Transportes) foram apresentadas, registradas nos livros fiscais e contábeis, além do fato de que os valores devidos nas apurações foram recolhidos dentro do prazo legal e sem qualquer aproveitamento de crédito fiscal.

Referindo-se a outro aspecto, diz que não poderia beneficiar-se dos créditos do ICMS dentro do próprio exercício 2009 visto que os mencionados créditos apenas aparecem naquele exercício, não tendo sido transportados para os anos subsequentes, tudo a demonstrar que não foram utilizados em 2009, muito menos no exercício de 2013, exercício em que ocorreram as retificações das declarações do SINTEGRA, DMA's e nos livros fiscais do ICMS.

Pugna pelo “... reconhecimento da insubsistência da Decisão do ACORDÃO JF N° 0050-02/14 do Auto de Infração em epígrafe, bem como requer a sua nulidade em razão dos erros materiais, que não prejudicou as apurações do ICMS principal à época do recolhimento e muito menos posteriormente. Requer ainda, a) Que sejam acatados os argumentos grafados nas preliminares de nulidade total do Auto de Infração, porquanto, em face das alegações apresentadas maculam todo o trabalho do fisco; b) Que a empresa seja autorizada a elaborar e enviar as retificações dos livros fiscais e DMA'S do período de 2009 para que fique como antes”.

A Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, Procuradora da PGE/PROFIS, às fls. 212 a 214, analisando os autos, de plano, assevera que deve ser rechaçada a suplica referente à nulidade do Auto de Infração, entendendo a n. procuradora que o lançamento atende aos comandos do art. 39, do RPAF/Ba. Mesma sorte, entende a representante da PGE/PROFIS, deve ter o pleito de nulidade da Decisão recorrida, posto que, não há falha na fundamentação da Decisão bem como nos demais atos administrativos realizados pelo fisco estadual.

Para a alegação de falta de exame dos documentos colacionados aos autos pelo contribuinte, aduz que a Decisão de piso apreciou e valorou as provas materiais carreadas aos autos.

Avançando, registra que o entendimento esposado no voto discordante merece prosperar, em razão de alteração na legislação tributária pertinente a exigência fiscal apurada no lançamento de ofício.

Diz que na hipótese em tela, os fatos geradores ocorreram no exercício de 2009, período cuja legislação tributária vigente determinava aplicação da multa de 60% do valor do crédito fiscal, quando a utilização indevida do crédito fiscal não importar em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno, consoante o art. 42, VII, “a””, da Lei n° 7.014/96, que transcreve:

Redação vigente a partir de 28/11/2007.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal; (grifo nosso)

(...)

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação

principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

(...)

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;

Lembra que os elementos probatórios constantes nos autos comprovam o registro de crédito indevido, razão pela qual entende que é cabível a aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto exigido, conforme previsto no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, haja vista que a utilização indevida de crédito fiscal não importou em descumprimento de obrigação principal.

Opina pelo conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário, Parecer ratificado pela Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, Procuradora da PGE/PROFIS/NCA.

Em razão de ter participado do julgamento de piso, o n. Conselheiro Fernando Antonio Brito Araújo declarou-se impedido de apreciar e julgar o presente Recurso.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente Recurso à apreciação das razões recursais atinentes à Decisão de primo grau que julgou procedente a acusação fiscal de o Sujeito Passivo procedeu à utilização indevida, na condição de remetente de mercadoria, de crédito fiscal de ICMS, relativo a frete de mercadorias em saídas isentas e não tributadas, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora ou autônomo.

As razões recursais de combate à Decisão recorrida, em apertada síntese, discute, em preliminar, a nulidade do Auto de Infração por supostos vícios no lançamento, e da Decisão recorrida, sob o fundamento de que a Junta de Julgamento Fiscal deixou de analisar os documentos jungidos aos autos pelo Sujeito Passivo.

Quanto às nulidades suscitadas e acima referidas, comungo do entendimento esposado pela n. Procuradora Dra. Maria José Coelho Sento-Sé. Fato é que a peça acusatória foi lavrada em obediência ao regramento próprio, tudo no sentido de preservar o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, o que efetivamente foi alcançado.

Referentemente à suscitada nulidade da Decisão recorrida, vejo que do mesmo modo, não assiste razão à Recorrente. Mais uma vez, da compulsão dos autos, resta de clareza solar que não há elementos que possam suscitar dúvidas quanto ao lançamento, merecendo destaque que os julgadores de piso cuidaram de fundamentar a Decisão que proferiram na legislação em vigor no Estado da Bahia, o que torna a Decisão de piso, no seu aspecto construtivo, absolutamente irretocável, em que pese haver voto discordante do voto vencedor, o que não impõe qualquer macula ao Acórdão de piso.

Isto posto, não acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração e da Decisão recorrida.

No mérito, aduz o recorrente, veementemente, que não fez uso indevido, nem mesmo fez uso, na condição de remetente de mercadoria, de crédito fiscal de ICMS, relativo a frete de mercadorias em saídas isentas e não tributadas, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora ou autônomo, também aduzindo que as escriturações que levaram o autuante a entender de forma contrária foram refeitas de maneira equivocada, também lembrando que o imposto foi corretamente recolhido.

A análise de mérito requer, primeiro, que se determine a existência da conduta típica para, uma vez confirmada, na sequência, se avalie a aplicação da norma no tempo, é o que faço.

Em que pese a argumentação do recorrente, observo que o autuante lavrou Auto de Infração com fundamento nos livros fiscais do Sujeito Passivo, bem como nos CTC's. Analisando os

documentos trazidos aos autos até a instrução, vejo que os fundamentos da autuação estão presentes e lastreados nos registros fiscais do Sujeito Passivo que, à luz dos referidos documentos e da própria DMA não retificada, não se desincumbiu, ao menos num primeiro momento, de demonstrar que os referidos créditos teriam sido lançados, por equívoco, na rubrica “*outros créditos*”. Ou seja, a conduta do contribuinte, em primeira análise, tem perfeito enquadramento na acusação fiscal capitulada na legislação e constante do Auto de Infração.

Entretanto, em razão de vistas concedidas ao Conselheiro Mauricio de Souza Passos, que trouxe à mesa o extrato de pagamentos de tributos do Sujeito Passivo, já jungido aos autos às fls. 218/219, restou apurado pelo n. Conselheiro, com base nos novos documentos, em cotejo com o livro Registro de Apuração de ICMS, que, de fato o ora recorrente efetuou o pagamento dos seus impostos absolutamente dentro dos prazos de Lei, no montante correto e sem que fosse aproveitados os créditos referidos na acusação fiscal, conforme asseverado nas suas peças de defesa e recursal.

A título exemplificativo, os valores declarados no LRAICMS do Sujeito Passivo para os meses de junho e julho de 2009, encontram o correspondente pagamento no extrato de pagamentos de impostos colhidos nos registros da SEFAZ e jungidos aos autos às fls. 218/219.

Isto posto, à luz dos novos documentos trazidos aos autos o do cotejo com o LRAICMS do Contribuinte, o que demonstra que os impostos para as operações em voga foram devidamente recolhidos e sem que fossem aproveitados os créditos fiscais que levaram ao Auto de Infração, dúvidas não restam quanto ao fato de que não ocorreu o cometimento da infração apontado no Auto.

Assim sendo, diante da insubsistência flagrante da acusação fiscal, voto no sentido de PROVER o Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206983.0001/13-0**, lavrado contra **DAX OIL REFINO S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS