

**A. I. Nº** - 206983.0001/13-0  
**AUTUADO** - DAX OIL REFINO S/A  
**AUTUANTE** - GILSON LIMA SANTANAIRE BARROS  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 14.04.2014

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0050-02/14

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE SOBRE OPERAÇÕES DE SAÍDAS ISENTAS DE MERCADORIAS. Frete sobre remessa de mercadorias para ZLC utilizando a isenção prevista no artigo 29 do RICMS/97. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em **20/09/2013**, e imputa a utilização indevida, na condição de remetente de mercadoria, de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$78.340,16, relativo a frete de mercadorias em saídas isentas e não tributadas, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora ou autônomo, nos meses de junho a novembro de 2009, conforme documentos às fls. 09 a 15. Em complemento consta: *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.*

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, apresenta tempestivamente defesa, fls. 67 a 72, onde esclarece que a totalidade de sua atividade se resume à produção industrial de produtos derivados do petróleo, e suscita a nulidade do auto de infração, invocando o artigo 18, inciso I, III e IV, do RPAF/99, com base na alegação 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. 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.

Observa 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”. Fato este que diz ser possível de se constatar 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 DMAS, DPDS e memórias do DESENVOLVE antes das retificações, conforme documentos às fls. 91 a 161.

Com base nisso, entende que a autuação não pode prosseguir pois não se beneficiou do crédito apontado pelo auditor fiscal autuante, e insiste que, na verdade ocorreu um erro material sem prejuízo financeiro para o Estado e que, pode ser sanado mediante nova retificação. Pede que sejam verificadas as memórias de cálculos anexadas, onde se constatará os recolhimentos do ICMS normal dos meses apontados no “presumível auto de infração”.

No mérito, dizendo surpreendido com a autuação datada 14/10/2013, impugnou o lançamento tributário alegando que a despeito da previsão legal da Lei 7.014/96 em seu artigo 42, inciso II e alínea f, lhe parece descabida e com objetivo de penalizar o contribuinte sem levar em consideração alguns aspectos: o primeiro, é quanto a intenção do agente – no caso, o contribuinte, uma vez que as notas fiscais (Conhecimentos de Transportes) foram apresentadas,

registradas no livro fiscal e encontram-se contabilizadas; o segundo aspecto é que os valores devidos nas apurações foram recolhidos dentro do prazo legal e sem o “aproveitamento do crédito fiscal” e portanto são descabidas as multas.

Argumenta que não poderia se beneficiar dos créditos apontados dentro do próprio exercício (ano de 2009) visto que, os mesmos só aparecem no ano de 2009 e não foram transportados para os anos subsequentes. Ou seja, explica que não foram utilizados em 2009 e muito menos no exercício de 2013, período em que ocorreram as retificações das declarações do SINTEGRA, DMA e nos livros fiscais do ICMS.

Para comprovar o alegado, juntou os seguintes documentos: Memórias de cálculos de apuração do Desenvolve e ICMS normal de junho a novembro de 2009; Extrato de Pagamentos Realizados à Sefaz; Auto de Infração e Termo de Encerramento nº 206983.0001/13-0 e Processo 205553/2013-7; livro Registro de apuração do ICMS do período de janeiro a dezembro de 2009, cópias de Notas Fiscais e Conhecimentos de Transportes da Transmasut; CNPJ do contribuinte; Razão contábil da conta de ICMS no passivo do ano de 2009; Razão contábil da conta de ICMS no Ativo do ano de 2009; Protocolos de entrega de documentos; Cópias da RG e CPF dos acionistas administradores; livros Registro de Entradas, Saídas e Apurações do ICMS de 2009, conforme documentos às fls. 20 a 161.

Ao final, requer:

- 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.*

Na informação fiscal às fls. 163 a 165, o autuante destaca que o autuado confessa que errou ao registrar o valor do ICMS sobre o frete na coluna “outros créditos”, e que isso ocorreu quando retificou os arquivos magnéticos do Sintegra. Salienta que não há nenhuma relação de uma coisa com outra, pois no Sintegra só há operações com as notas fiscais emitidas e recebidas, em nada interferindo na escrituração do livro de apuração do ICMS que é escriturado com base nos livros de entradas e saídas de mercadorias.

Discordou da alegação defensiva de que teve pouco tempo para consertar os arquivos magnéticos, esclarecendo que a fiscalização refere-se ao exercício de 2009 e o contribuinte deveria estar com os livros fiscais escriturados até o oitavo dia do mês seguinte ao período considerado, e quanto aos arquivos magnéticos que estiver com inconsistência o contribuinte teria que corrigir dentro do prazo de 30 dias após o recebimento da intimação (§ 5º, art.708-B Decreto 6.284/97).

Assim, considerou descabida a informação de que a fiscalização inicialmente era para consertar os arquivos magnéticos, pois quando foi baixado os arquivos do servidor da Sefaz foi constatado que os arquivos estavam imprestáveis para realização da fiscalização por estar incompleto. Diz que, o autuado foi intimado para consertá-los.

No que tange ao argumento defensivo de que quanto ao crédito registrado naquele momento não se beneficiou, mais posteriormente registrou no livro do exercício de 2011, nos meses 10 e 11 diferenças paga a maior do período de junho a outubro de 2009, conforme cópia do livro em anexo, o preposto fiscal entende 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.

Concluindo, pugna pela procedência do Auto de Infração, ou alternativamente, seja transformada em multa formal por embaraço a ação fiscal.

## 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.

Analisando 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 da autuada 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*.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206983.0001/13-0**, lavrado contra

**DAX OIL REFINO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$78.340,16**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso VII “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR