

A. I. N° - 281105.1224/12-4
AUTUADO - TRANSMASUT TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 17/06/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0124-03/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** CRÉDITO UTILIZADO A MAIS. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Há incidência de ICMS nas operações interestaduais efetuadas com petróleo, lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando não destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração. Se o imposto devido quando da entrada é com aplicação da alíquota de 17%, o crédito fiscal para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes, para fins de apuração do imposto a recolher, é o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos, ou seja, também com a utilização da alíquota de 17%. Infração insubstancial. **b)** FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM SEM INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o estorno de crédito relativo à saída sem incidência do imposto, por força da norma constante da legislação. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2012, refere-se à exigência de R\$218.660,75 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011. O contribuinte se creditou a mais em aquisições internas de combustível, por erro na apuração de bases de cálculo e/ou alíquotas, nas aquisições realizadas em outras unidades da Federação com a utilização de alíquotas não permitidas em lei. Valor do débito: R\$123.699,12.

Infração 02: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal por empresa prestadora de serviço de transporte relativo a prestações não tributadas. O contribuinte utilizou crédito fiscal decorrente de aquisição de combustível em prestações internas não tributadas, no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$94.961,63.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 166, apresentou impugnação às fls. 147 a 164 do PAF. Suscita preliminar de nulidade da autuação, alegando cerceamento do direito de defesa, citando o art. 5º, LV da Constituição Federal e artigos 28, § 4º, 41, II do RPAF-BA. Alega que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto devido, por isso, ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa, devendo ser fulminado de nulidade a imputação fiscal, tendo em vista que restou prejudicado o exercício constitucional do

contraditório. Diante da ausência de recebimento pelo contribuinte dos levantamentos elaborados pelo autuante, com base no art. 18 do RPAF/BA, o impugnante reitera a necessidade de ser anulado o presente lançamento.

O defensor também alega que a autuação está envolvida de vícios insanáveis essenciais, que além de espelhar sua imprestabilidade jurídica para justificar o crédito tributário imputado ao contribuinte, por não atender aos pressupostos legais de validade, irradia do ponto de vista prático, um grau de incerteza incontornável. Quanto à falta de entrega de cópia dos demonstrativos e documentos que amparam a autuação, diz que o CONSEF tem freqüentemente considerado nulo os procedimentos fiscais que não atentem para o princípio constitucional do devido processo legal. Neste sentido, cita os Acórdãos CJF N° 0033-12/05 e CJF N° 0041-12/05, transcrevendo as emendas

O autuado informa que se dedica principalmente à atividade de transporte de combustíveis líquidos, é regular contribuinte do ICMS incidente sobre as operações com óleo diesel e gasolina, sendo, neste caso, a Refinaria de Petróleo - Petrobrás, a substituta tributária no recolhimento do ICMS de toda a cadeia de contribuintes. Para melhor compreensão traz a baila um breve resumo sobre a cadeia de produção do setor de combustíveis, bem como do instituto da substituição tributária atuante nas operações de combustíveis derivados de petróleo.

Salienta que na cadeia de distribuição do combustível, o responsável pelo cálculo e pagamento do ICMS de toda a operação é a Refinaria de Petróleo - Petrobrás. A mencionada refinaria de petróleo realiza o cálculo com base na presunção das bases de cálculo das operações a realizar até o consumidor final, aplicando sobre a base de cálculo do ICMS da operação a MVA prevista no Convênio 110/07, e com isso, alcança todas as etapas de circulação do produto. Para operacionalizar o repasse do ICMS em razão da destinação da carga tributária para o Estado de Destino, nos termos da Constituição Federal, as unidades federadas criaram o sistema SCANC (Sistema de Controle dos Anexos de Combustível), inicialmente elaborado em papel e atualmente de forma eletrônica. Neste sistema eletrônico os agentes envolvidos com as operações interestaduais (Distribuidores e Transportadores - TRRs) informam ao substituto tributário o valor do ICMS da operação para que seja repassado para o Estado consumidor, nos termos das cláusulas vigésima segunda a vigésima quinta do Convênio 110/07, que transcreveu.

O defensor afirma que, “se toda a carga tributária incidente na primeira operação com combustíveis na unidade federada de origem é transferida para o Estado onde ocorrerá o consumo, não há que se falar em alíquota interestadual para operações com combustíveis, eis que inexistente em razão da imunidade tributária”. Explica, ainda: “tratando-se de operações com combustíveis que são imunes constitucionalmente, para efeito de creditamento do imposto pelo adquirente ou será utilizada alíquota interna do Estado de destino ou alíquota interna do Estado de origem, jamais poderá ser aplicada alíquota interestadual, como entendeu de forma equivocada o autuante por que esta não existe. Alíquotas de ICMS no percentual de 7% originárias das Regiões do Sul e Sudeste ou 12% nas operações oriundas do Norte, Nordeste e Centro Oeste, são inexistentes em operações com combustíveis, nos termos do artigo 155, X da nossa Carta Magna”.

O defensor entende que a autuação deve ser anulada por inexistência de previsão legal para aplicação de alíquota interestadual, devendo ser considerada para efeito de crédito a ser apropriado pelo adquirente a carga tributária incidente no Estado de origem ou a alíquota do Estado de destino, em consonância com os regramentos legais atualmente vigentes no nosso ordenamento jurídico, para operações com combustíveis derivados de petróleo.

Quanto à infração 02, alega que o autuante exigiu o estorno dos créditos fiscais relativos às operações internas no transporte de cargas realizadas sem tributação, por força do artigo 1º, parágrafo 7º do RICMS-BA. Contudo os cálculos elaborados pela fiscalização estão contaminados com o erro cometido na infração 01, eis que o autuante considerou como devidos para apropriação, créditos fiscais com alíquotas inexistentes de 7% ou de 12%. Erro já devidamente

contestado na arguição defensiva constante na peça impugnatória relativa à infração 01. Entende que, se equívocos foram cometidos e resultaram em valores indevidamente exigidos na infração 01, estes contaminaram a infração 02. Que é imprescindível a realização de diligência para verificação dos números apurados pela fiscalização.

Sobre as multas exigidas, o defendant alega que, inobstante a absoluta improcedência do Auto de Infração, estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte; configurando-se, com esta autuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal. Afirma que é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada, nela foram utilizados índices absurdamente elevados, fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país. Diz que atualmente, já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputada pela Administração, e que é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco. Nesse sentido, cita julgamento do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a auto-aplicabilidade do princípio da vedação do confisco em se tratando de aplicação de multa moratória fiscal. Diz que se deve atentar ao fato de que, por mais que assuma caráter punitivo, a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo ela ser antes proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos.

Lembra que o próprio RPAF-BA delega competência dos órgãos julgadores para reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação principal ou acessória, e por um dever de justiça requer aos julgadores que seja adotada tal decisão.

Por fim, o defendant apresenta os seguintes pedidos: a) reconhecimento da imprestabilidade do Auto de Infração por falta de entrega dos demonstrativos elaborados pelo autuante; b) reconhecimento de que o crédito fiscal a ser apropriado é aquele pago na aquisição do combustível; c) improcedência da infração 02 em razão de partir de premissas equivocadas na infração 01; d) admitir que o Auto de Infração carece de certeza e segurança em razão dos demonstrativos deficientes; e) reconhecimento da multa com caráter confiscatório; f) realização de perícia e diligência por fiscal estranho ao feito.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 176 a 179 dos autos, dizendo que o primeiro argumento do autuado, quanto ao cerceamento do direito de defesa, não possui qualquer sustentação, pelo simples fato de que os Demonstrativos de Cálculo das infrações se encontravam, por todo o tempo, no corpo do presente PAF; que foi assinado pelo representante do contribuinte, o contador Lenício do Espírito Santo Moreira Filho (procuração assinada à fl. 144), com um total de 144 páginas, e que lhe foi entregue pessoalmente pelo autuante no dia 12/07/2012, como pode ser visto às fls. 03, 06, 09, 10 e 142 dos autos.

Informa que os referidos demonstrativos, tidos como inexistentes pelo autuado, que serviram de base para o pedido de nulidade do presente Auto de Infração, podem ser vistos facilmente no bojo deste PAF, na seguinte ordem: fls. 11 a 13, Planilha de Cálculo de Crédito Indevido - AUDIF 204 de Jan a Dez 2010; fls. 14 a 25, Planilha de Cálculo de Crédito Indevido - AUDIF 204 de Jan a Dez 2011; fl. 26, Planilha de Cálculo da Proporcionalidade (entre prestações de serviços tributadas e não tributadas), de Jan a Dez 2010; fl. 27, Planilha de Cálculo da Proporcionalidade (entre prestações de serviços tributadas e não tributadas), de Jan a Dez 2011. Também informa que todas as planilhas foram elaboradas com base nas informações extraídas dos livros fiscais do autuado, como pode ser visto nas fls. 29 a 141 do PAF.

Esclarece que na segunda argumentação, o autuado cita um convênio que nada tem a ver com o tema discutido, haja vista que o Convênio ICMS 110/07, trata do regime de substituição tributária nas “operações” com combustíveis e lubrificantes, disciplinando as aquisições e vendas de combustíveis realizadas em diferentes unidades da federação e a forma de aproveitamento dos créditos tributários resultantes. Diz que é fácil verificar que são ineficazes as alegações do

defendente e que em nada se aplicam às “prestações de serviços de transportes”, que nortearam as autuações, com os créditos de aquisições de combustíveis utilizados, efetivamente, nos serviços.

Também entende que se mostram inócuas e desnecessárias, para sustentar a defesa, as informações sobre o sistema SCANC (Sistema de Controle dos Anexos de Combustível), que foi criado pelos entes federativos visando operacionalizar repasses de ICMS, dos substitutos tributários para os estados consumidores.

Quanto ao pedido de realização de diligências para verificação dos números apurados no estorno de crédito, relativo às operações internas, não tributadas, entende como improcedente e meramente protelatória a solicitação.

No que tange aos dois últimos argumentos do autuado, referentes ao “caráter confiscatório das multas” e ao pedido de perícia e diligência por fiscal estranho ao feito, afirma que no primeiro caso se trata de uma discussão de cunho acadêmico e, no segundo caso, de uma simples conveniência do defendente. Deixa a apreciação a critério deste Conselho.

Por fim, o autuante conclui que os argumentos defensivos são, na sua maioria, desprovidos de amparo legal, inconsistentes e de cunho protelatório. Contudo, para que seja afastada de vez a alegada conduta constitucional de “cerceamento de defesa”, solicita ao setor competente que intime o autuado e lhe conceda vistas à documentação acostada às fls. 176 a 197, consistente em novas cópias dos demonstrativos citados anteriormente, acompanhados de uma mídia eletrônica autenticada pelo sistema da Receita Federal, contendo as planilhas de cálculo, em meio magnético; de toda a autuação, bem como que seja reaberto o prazo legal de defesa para as contestações do contribuinte autuado.

Caso não haja manifestação do interessado, no prazo determinado, diz que reafirma, de logo, a convicção sobre a justeza e a oportunidade do procedimento fiscal, solicitando ao CONSEF que seja considerada a procedência, na sua totalidade, do presente auto de infração.

À fl. 200 defendente foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 204 a 206 dos autos, informando que somente após a apresentação da impugnação o autuante entregou os diversos demonstrativos por ele elaborados, para a lavratura do Auto de Infração. Alega que tais demonstrativos de débito precisam de um exame mais apurado e detalhado pelo autuado para que este possa exercer o sagrado exercício do contraditório e da ampla defesa, garantido pela Constituição Federal. Que é humanamente impossível para o impugnante conferir todo o trabalho acostado ao presente processo no exíguo prazo de 10 dias, indevidamente concedido pela repartição fiscal, se o próprio autuante entende e declara na informação fiscal que a reabertura do prazo de defesa é imprescindível.

Afirma que está comprovado no presente PAF, que o Auto de Infração apresenta diversas irregularidades, desde a sua lavratura, por equívocos cometidos pelo autuante. Transcreve os arts. 2º e 46, do RPAF-BA e diz que é importante que seja reaberto o prazo de defesa para que sejam examinados todos os demonstrativos que embasaram o lançamento de ofício e que as provas que consubstanciam a lavratura do Auto de Infração devem obrigatoriamente ser entregues ao autuado mediante recibo, nos termos dos artigos 28 § 4º, 41, II do RPAF-BA.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 220, dizendo que o autuado apresentou defesa questionando os valores apurados no presente Auto de Infração, e mesmo tendo sido concedido novo prazo de dez dias, para juntada de provas e alegações, o defendente não apresentou quaisquer documentos ou dados novos que lhe socorressem na sua tentativa de invalidar a presente autuação fiscal.

Conclui que os argumentos do autuado são, mais uma vez, de caráter meramente protelatório. Reafirma a convicção sobre a justeza e a oportunidade do procedimento fiscal, solicitando a este Conselho que seja julgado procedente, na sua inteireza, o presente auto de infração.

Considerando que se trata de reabertura do prazo de defesa, por que os demonstrativos não foram entregues ao autuado quando da ciência do Auto de Infração, e na intimação à fl. 200 somente foi concedido o prazo de dez dias, esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Inspetoria Fazendária solicitando que intimasse o autuado e lhe comunicasse quanto à reabertura do prazo de defesa, de trinta dias, a contar da data de recebimento da nova intimação.

Sendo apresentada nova impugnação, que o PAF fosse encaminhado ao autuante para prestar informação fiscal acerca das alegações defensivas.

O defensor foi intimado na forma solicitada (fl. 230) e apresentou nova impugnação às fls. 232 a 247. Suscita a nulidade da autuação, alegando cerceamento ao direito de defesa, afirmado que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto devido. Salienta que em relação à falta de entrega de cópias dos demonstrativos e documentos que amparam a autuação, o CONSEF, em outras decisões da mesma natureza, tem considerado nulos os procedimentos fiscais. Cita decisões por meio dos Acórdãos CJF Nº 0033-12/05 e CJF Nº 0041-12/05.

Quanto ao mérito, apresenta um breve resumo sobre o regime de substituição tributária do ICMS nas operações com combustíveis derivados de petróleo e diz que os agentes envolvidos com as operações interestaduais (Distribuidores e Transportadores – TRRs), informam ao substituto tributário o valor do ICMS da operação para que seja repassado para o Estado consumidor, nos termos das cláusulas vigésima segunda a vigésima quinta do Convênio 110/07, que reproduziu. Entende que o Auto de Infração deve ser anulado por inexistência de previsão legal para aplicação de alíquota interestadual, devendo ser considerada para efeito de crédito a ser apropriado pelo adquirente a carga tributária incidente no Estado de origem ou a alíquota do Estado de destino.

Afirma que na hipótese de ser julgado o mérito deste lançamento e a empresa proceder ao pagamento do imposto autuado, o crédito fiscal deve ser apropriado ao impugnante, porque não existe alíquota interestadual de 7%. A empresa utilizou 17% e foi autuada pela diferença, e como não é optante pelo crédito presumido deve absorver todo o crédito fiscal da autuação.

Quanto à infração 02, também alega que houve equívoco da autuação, apresentando o entendimento de que os cálculos elaborados pela fiscalização estão contaminados com o erro cometido na infração 01. Diz que os equívocos cometidos resultaram em valores indevidamente exigidos na infração 01 e estes contaminaram a infração 02. Pede que seja realizada diligência para verificação dos números apurados pela fiscalização.

O defensor também contesta a cobrança de multa, alegando que tem caráter confiscatório, em afronta às garantias constitucionais. Diz que atualmente já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção. Afirma que resta claro e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da multa aplicada, devendo ser corrigida.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 260, dizendo que o defensor nada acrescentou ao presente PAF; não apresentou qualquer fato novo ou argumento capaz de modificar o entendimento do autuante, anteriormente apresentado na informação fiscal de fls. 176/179. Diz que se trata da mesma peça defensiva e que foi cumprida a diligência determinada pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que a autuação fiscal foi efetuada de acordo com as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos acostados aos autos.

O autuado alegou que houve cerceamento ao direito de defesa, afirmando que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto devido. Quanto a esta alegação, foi realizada diligência fiscal, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, sendo fornecidas ao defensor as cópias do encaminhamento da diligência (fl. 224); da informação fiscal (fls. 176/179); demonstrativos (fls. 180/194); envelope contendo mídia CD (fl. 195) recibo de arquivos eletrônicos (fls. 196/197); conforme intimação à fl. 230, cujo recebimento está comprovado por meio de assinatura de preposto do Contribuinte na própria intimação.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O defensor requereu a realização de revisão fiscal e perícia a ser efetuada pela Assessoria Técnica do CONSEF. Quanto a este pedido, observo que a deliberação para a realização de diligência, revisão fiscal ou perícia acontece quando essas providências forem indispensáveis à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Assim, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de revisão fiscal e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada qualquer dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido de revisão fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011. O contribuinte se creditou a mais em aquisições internas de combustível, por erro na apuração de bases de cálculo e/ou alíquotas, nas aquisições realizadas em outras unidades da Federação com a utilização de alíquotas não permitidas em lei

A legislação prevê que o direito ao uso do crédito fiscal relativo às mercadorias recebidas, para efeito de compensação com o débito do imposto, é condicionado a que essas mercadorias recebidas pelo contribuinte tenham sido acompanhadas de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco (art. 91 do RICMS/97).

O defensor alegou que, “se toda a carga tributária incidente na 1ª operação com combustíveis na unidade federada de origem é transferida para o Estado onde ocorrerá o consumo, não há que se falar em alíquota interestadual para operações com combustíveis, eis que inexistente em razão da imunidade tributária”. Explica, ainda: “tratando-se de operações com combustíveis que são imunes constitucionalmente, para efeito de creditamento do imposto pelo adquirente ou será utilizada alíquota interna do Estado de destino ou alíquota interna do Estado de origem, jamais poderá ser aplicada alíquota interestadual.

Para melhor entendimento da lide a ser decidida neste PAF, vale reproduzir os dispositivos da Lei 7.014/96 que tratam da matéria constante neste item da autuação fiscal:

Lei 7014 de 04/12/1996:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

...

III - a entrada, no território deste Estado, de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (LC 87/96 e 102/00).

Art. 3º O imposto não incide sobre:

...

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica, a petróleo e a lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração;

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

VIII - da entrada, no território deste Estado, de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (LC 87/96 e 102/00)

RICMS-BA/97 (vigente à época dos fatos):

Art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 17%, exceto nas hipóteses de que cuida o artigo subseqüente:

...

c) nas entradas, no território deste Estado, de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (LC 87/96 e 102/00) (Lei nº 7710/00);

O autuado é um transportador, se dedicando à atividade de transporte de combustíveis líquidos, e a exigência do imposto apurado no presente Auto de Infração foi efetuada em relação ao óleo diesel adquirido, cujas notas fiscais foram lançadas no livro Registro de Entradas e utilizados os respectivos créditos fiscais.

O art. 93, inciso I, alínea “f” do RICMS-BA/97 estabelece que “constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual”

No caso em exame, foi exigido imposto sob a acusação de que o Contribuinte se creditou a mais em aquisições internas de combustível, por erro na apuração de bases de cálculo e/ou alíquotas, o mesmo ocorrendo nas aquisições realizadas em outras unidades da Federação com a utilização de alíquota interna.

Como não ficou comprovado nos autos que se trata de combustível adquirido para comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, há incidência do ICMS pela entrada no território deste Estado, considerando-se que ocorre o fato gerador do imposto no momento da entrada no território deste Estado, conforme regra constante nos arts. 2º, III e 3º, III, 4º, III da Lei 7.014/96, reproduzidos neste voto, e a alíquota aplicável à operação é 17%, conforme estabelece o art. 50, I, “c” do RICMS-BA/97, também já reproduzido.

Neste caso, entendo que assiste razão ao defendant quando afirmou que: “se toda a carga tributária incidente na primeira operação com combustíveis na unidade federada de origem é transferida para o Estado onde ocorrerá o consumo, não há que se falar em alíquota interestadual para operações com combustível”.

Pelo que consta nos autos e da leitura dos dispositivos legais mencionados neste voto, há incidência de ICMS nas operações interestaduais efetuadas com petróleo, lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando não destinados a comercialização e industrialização. Se o imposto devido quando da entrada é com aplicação da

alíquota de 17%, o crédito fiscal para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes, para fins de apuração do imposto a recolher, é o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos, ou seja, também com a utilização da alíquota de 17%. Assim, concluo pela insubsistência deste item da autuação fiscal.

Infração 02: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal por empresa prestadora de serviço de transporte relativo a prestações não tributadas. O contribuinte utilizou crédito fiscal decorrente de aquisição de combustível em prestações internas não tributadas.

Observo que a exigência de estorno de crédito encontra amparo na Lei Complementar nº 87/96 e na Lei 7.014/96, e tal previsão tem embasamento na Constituição Federal - art. 155, § 2º, o inc. II, letras “a” e “b”.

A Lei Complementar 87/96 em seu art. 21, inciso I, dispõe:

Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

A Lei 7.014/96 trata dessa questão no mesmo sentido, ao estabelecer:

Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

O defensor alegou que os cálculos elaborados pela fiscalização estão contaminados com o erro cometido na infração 01. Diz que os equívocos cometidos resultaram em valores indevidamente exigidos na infração 01 e estes contaminaram a infração 02

Não acato a alegação defensiva, haja vista que se trata de exigência de estorno relativo ao crédito considerado indevido pela aplicação da proporcionalidade nas prestações tributadas e não tributadas, ou seja, em relação às aquisições de combustíveis pelo autuado, sendo apurados os valores correspondentes às prestações internas e interestaduais, apurados os créditos lançados mês a mês e a respectiva proporcionalidade, calculando-se o crédito indevido.

Não foi constatada incorreção na apuração do imposto exigido, haja vista que não foram recalculados os valores creditados, sendo indicados os valores lançados e o crédito considerado indevido, de acordo com a proporcionalidade apurada.

Quanto à multa exigida, decorrente da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei 7.014/96, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Concluo pela subsistência da autuação neste item, haja vista que o sujeito passivo deveria efetuar o estorno do imposto creditado, em decorrência das prestações de serviços realizadas, não tributadas pelo ICMS, conforme apurado no levantamento fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281105.1224/12-4, lavrado contra **TRANSMASUT TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$94.961,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 03 de junho de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA