

**A. I. Nº** - 269354.0004/19-6  
**AUTUADO** - ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIS HENRIQUE DE SOUSA ALEXANDRE  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 17/09/2019

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0123-01/19**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO RELATIVO À SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO A OPERAÇÃO SUBSEQUENTE TRIBUTÁVEL PELO IMPOSTO. Nos termos do § 2º, do art. 29 da Lei nº 7.014/96, não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2019, formaliza a exigência de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS) no valor histórico total de R\$192.453,27, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas.*

Consta ainda no Auto de Infração que: *A autuada efetuou crédito do ICMS referente aos fretes de aquisições de mercadorias (combustíveis) com fase de tributação do ICMS encerrada através do Regime de Tributação da Substituição Tributária, conforme Demonstrativos anexos (Alíquota de 7% e 12%).*

Período de ocorrência: janeiro a abril, junho, julho, setembro dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018.

O autuado apresentou defesa (fls. 43 a 60). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Requer com fulcro no art. 18 e seus incisos do Decreto nº 7.629/99 [Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99] o cancelamento do Auto de Infração.

Invoca e reproduz o artigo 39 mais seus incisos, alíneas e parágrafos do RPAF/BA. Alega que o inciso III do art. 39 estabelece que a ocorrência apurada pela Fiscalização deve ser clara e precisa de tal forma que o Contribuinte possa identificar o dispositivo legal e a infração que porventura tenha cometido, o que não ocorreu no Auto de Infração em lide.

Diz que o autuante limitou-se a citar os dispositivos legais de forma genérica, contudo, tais dispositivos trazem consigo mais de uma dezena de hipóteses entre as de incidência e os fatos geradores, sendo que nenhuma foi apontada diretamente pelo autuante. Acrescenta que isto implica em cerceamento do seu direito de defesa.

Alega, ainda, que o autuante aponta vários documentos fiscais como fundamento da autuação, todavia, incorre em equívoco ao não colacionar aos autos os respectivos documentos fiscais, já que estes materializam as suas proposições.

No mérito, alega que os créditos de ICMS sobre fretes destacados foram ou serão estornados nas apurações, sendo certo que no caso não ocorreu recolhimento a menos.

Aduz que nos meses em que não existem débitos apurados não ocorreu o estorno, sendo feito integralmente o estorno na apuração referente à 02/2019.

Observa que o débito de ICMS destacado nas saídas internas tem que se fazer o estorno de 100% com fundamento no art. 292, §1º do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, haja vista que nas entradas o ICMS já fora pago com base na substituição tributária. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Salienta que o artigo 290 do mesmo RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 dispõe sobre a vedação de utilização do crédito fiscal. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Ressalta que no caso em lide o ICMS foi lançado, porém, o crédito não foi utilizado, haja vista que o valor do débito tem que ser 100% estornado de acordo com o art. 292, § 1º do RICMS/BA/12.

Diz que desse modo, como o crédito do ICMS sobre o frete destacado foi ou será estornado nas apurações, tem-se que não foi recolhido imposto a menos, revelando a improcedência total do Auto de Infração.

Invoca o princípio da não cumulatividade, insculpido no art. 155, I, §2º da Constituição Federal; no art. 19 da Lei Complementar nº 87/96; bem como a posição doutrinária de Hugo de Brito Machado, reproduzindo os respectivos textos.

Assevera que desse modo, a liquidação dos valores exigidos na autuação deveria necessariamente constar os créditos das operações anteriores de modo a manter-se em alinhamento com o preceito constitucional da não cumulatividade.

Alega que se verifica nos demonstrativos elaborados pelo autuante que este não aplicou as disposições dos artigos 290 e 292, § 1º do RICMS/BA/12, sendo certo que os créditos do ICMS sobre o frete foram ou serão estornados nas apurações, descabendo falar-se em recolhimento a menos do ICMS.

Conclusivamente, diz que resta exposto a ilegalidade do Auto de Infração e requer o seu cancelamento.

Prosseguindo, consigna que na remota hipótese de falência da tese sustentada no tópico anterior, como o ICMS de sua operação própria foi recolhido na operação anterior, inexistiu prejuízo ao erário, razão pela qual requer que o Auto de Infração seja cancelado.

No intuito de discriminar as guias pagas antecipadamente, requer a realização de perícia.

Quanto à multa imposta, requer que os valores exigidos na autuação a título de diferencial de alíquotas e a sanção por não recolhimento dos mesmos sejam calculados sob a subtração do já adimplido.

Por considerar as sanções aviltantes, inclusive invocando e reproduzindo o art. 150, IV da Constituição Federal que preconiza a vedação de utilização tributo com efeito de confisco, diz que a multa somente poderia ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a empresa, o qual não consta nos autos. Neste sentido, invoca e reproduz posição doutrinária Orlando de Pilla Filho e João Roberto Parizatto, assim como o art. 52 da Lei nº 9.298/96.

Conclusivamente, diz que em caso de entendimento contrário mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais e lhe conferindo justiça.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- que seja anulado o Auto de Infração;

- que seja deferido o pedido de produção de prova pericial;
- que sejam revistos e deduzidos os valores constantes na autuação, conforme explanado e fundamento no art. 149 e seus incisos do CTN.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 78/79). Contesta as alegações defensivas. Sustenta que o lançamento, inexoravelmente, fundamentou-se em legislação fiscal vigente no Estado da Bahia e observa-se que na peça defensiva o autuado concorda com a autuação.

Ressalta que conforme pode ser observado nos valores indicados nos DEMONSTRATIVOS DA APURAÇÃO DO ICMS anexado aos autos, nas linhas não destacadas em negrito, extraídos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) dos exercícios de 2014, 2015, 2016, 2017 e até novembro de 2018, o autuado em nenhum momento procedeu ao estorno do crédito fiscal, exceto em alguns meses de 2016, 2017 e 2018, especificamente do AECH (Álcool Etílico Hidratado Combustível – Etanol).

Afirma que dessa forma, o não lançamento do Estorno de Crédito do ICMS, referente aos fretes nas aquisições de combustíveis com fase de tributação encerrada, proporcionou efeitos nos saldos apurados do ICMS e, por consequência, prejuízos ao erário estadual.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração em exame diz respeito à exigência de ICMS, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal do imposto referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias (combustíveis) com saídas subsequentes tributadas.

Conforme consta adicionalmente na descrição da conduta infracional, o autuado efetuou o creditamento referente aos fretes de aquisições de combustíveis com fase de tributação do ICMS encerrada em face do regime de substituição tributária, conforme demonstrativos anexados aos autos.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante com fundamento no art. 18 mais seus incisos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Alega o impugnante que nos termos do art. 39 mais seus incisos do RPAF/BA/99, a ocorrência apurada pela Fiscalização deve ser clara e precisa de tal forma que o Contribuinte possa identificar o dispositivo legal e a infração que porventura tenha cometido, o que não ocorreu no Auto de Infração em lide.

O exame da descrição da infração, constante no Auto de Infração, permite constatar que não há como prosperar a pretensão defensiva de nulidade da autuação.

Isso porque, verifica-se claramente que a acusação fiscal se refere à utilização indevida de crédito fiscal, decorrente da prestação de serviço de transporte tomado pelo autuado nas aquisições de combustíveis, sendo o creditamento considerado indevido pela Fiscalização por se tratar de combustíveis cuja fase de tributação do ICMS fica encerrada, em face do regime de substituição tributária.

O autuado alega, ainda, que o autuante aponta vários documentos fiscais como fundamento da autuação, todavia, incorre em equívoco ao não colacionar aos autos os respectivos documentos fiscais, já que estes materializam as suas proposições.

Do mesmo modo, não há como prosperar essa alegação defensiva, haja vista que os documentos fiscais arrolados na autuação foram extraídos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) da própria empresa.

No mérito, assiste razão ao autuante. Conforme consignado pelo preposto fiscal, verifica-se na Escrituração Fiscal Digital (EFD) da empresa que nos exercícios de 2014, 2015, 2016, 2017 e até novembro de 2018, o autuado não procedeu ao estorno do crédito fiscal, exceto em alguns meses de 2016, 2017 e 2018, especificamente do AECH (Álcool Etílico Hidratado Combustível – Etanol).

A afirmativa do autuante no sentido de que a falta do Estorno de Crédito do ICMS, referente às prestações de serviço de transporte (frete) nas aquisições de combustíveis com fase de tributação encerrada, proporcionou efeitos nos saldos apurados do ICMS e, por consequência, prejuízos ao erário estadual se apresenta correta.

É certo que nos termos do § 2º, do art. 29 da Lei nº 7.014/96, não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Assim sendo, a infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269354.0004/19-9**, lavrado contra **ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$192.453,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR