

PROCESSO - A. I. N° 300200.0009/18-3
PROCESSOA - J R TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF nº 0128-03/19
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/02/2020

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0325-11/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. CRÉDITO FISCAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES. O sujeito passivo deixou de aplicar a proporcionalidade na apuração do crédito fiscal e apuração do imposto, entre as operações tributadas e não tributadas, resultando em uma utilização de crédito fiscal a maior do que teria direito. O autuado não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Diz respeito ao presente processo ao Recurso Voluntário impetrado pela autuada em vista da decisão proferida pela 3^a JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 29.06.2018, ciente em 05.07.2018, abrangendo fatos geradores do período de Setembro de 2013 a Dezembro de 2015, no valor original de R\$320.836,45, pelo cometimento de uma única infração, assim capitulada:

Infração 01 – 03.04.03

Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nas Prestações de Serviço de Transporte Rodoviário.

Consta em complemento:

Empresa deixou de usar a proporcionalidade na apuração do crédito fiscal e apuração do imposto, em relação às operações tributadas e não tributadas, conforme planilhas, Livro de Saídas, Livro de Entradas e Livro de Apuração do ICMS.

Enquadramento Legal: Artigos 24, 26 e 34, inciso XII da Lei 7.014/96, C/C artigo 305 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Após análise do Auto de Infração, da defesa apresentada pela autuada, protocolada em 03.09.2018, fls. 139 a 145, os documentos acostados ao processo pela autuada, protocolados em 04.09.2018, fls. 155 a 397, e a Informação Fiscal prestada pelo autuante, protocolada em 14.01.2019, fls. 399 a 403, em sessão de 13.06.2019, através o Acórdão JJF nº 0128-03/19, fls. 4098 a 414, a 3^a JJF assim se pronunciou:

O defendente arguiu a nulidade da autuação, alegando que não estariam determinados com segurança, a infração e o infrator. Disse ter notado insegurança do lançamento de ofício, razão pelo qual a ação fiscal deveria ser julgada nula.

Analisando os elementos do PAF, afasto a nulidade suscitada. Não houve descumprimento à legislação tributária de regência, na lavratura do presente Auto de Infração, considerando que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012, com a Lei 7.014/96 e com o RPAF-BA. Ou seja, o lançamento tributário contém os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos no levantamento fiscal, demonstrativos fls.11/13, necessários à demonstração dos fatos argüidos, possibilitando ao autuado exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Saliente que a descrição da infração, permite claramente identificar do que está sendo acusado o contribuinte, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

Quanto ao pedido de diligência formulado pelo autuado, o indefiro porque já se encontram no processo os elementos necessários a convicção dos Julgadores. Além disso, é inadmissível realização de diligência, quando destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia, simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos. Portanto, a realização da diligência requerida, desnecessária se faz para o julgamento do presente feito, pelo que rejeito referido pedido, na forma do art.147, inciso I do RPAF/99.

No mérito, trata o presente processo de exigência de ICMS, em decorrência de recolhimento a menos, em razão de erro na apuração dos valores do imposto, nas prestações de serviço de transporte rodoviário. A empresa deixou de utilizar a proporcionalidade na apuração do crédito fiscal e apuração do imposto, em relação às operações tributadas e não tributadas, conforme planilhas, livros de Entradas, Saídas e Apuração, nos meses de setembro a dezembro de 2013, janeiro a maio, setembro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015.

O Defendente, em sua Impugnação, em apertada síntese, alegou que não se verifica qualquer irregularidade fiscal suficiente a embasar a acusação fiscal, por que: **a**) não possui qualquer óbice legal a impedir o creditamento dos ICMS pagos pelo Autuado, a título de antecipação tributária; **b**) em muitos casos as operações se iniciaram em outros Estados, portanto não seria devido o imposto; **c**) explicou como se dá o regime de ICMS Substituição Tributária no Estado da Bahia nos casos de prestação de serviços de transporte; **d**) nos termos regulamentar, nas saídas para este Estado, de mercadorias que já tiverem sido objeto de antecipação ou substituição tributária, o documento fiscal poderá conter o destaque do imposto, para aproveitamento como crédito fiscal pelo destinatário, quando se referir a combustíveis, lubrificante e outras mercadorias destinadas a empresas de transporte, para emprego em prestações de serviços tributadas pelo ICMS; **e**) por ser o ICMS não cumulativo, tem o direito de creditar-se do imposto pago em operações anteriores.

Vale registrar, que o defendente não rebateu objetivamente em sua peça defensiva, a irregularidade apurada pelo Autuante em ação fiscal, nem questionou os cálculos elaborados para apuração do quantum devido. Ao compulsar os demonstrativos acostados aos autos, cuja cópia fora entregue ao Impugnante, fls.11 a 13, observo restar de forma clara e compreensível que a Empresa foi autuada por ter recolhido ICMS a menos, visto que deixou de utilizar a proporcionalidade na apuração do crédito fiscal e apuração do imposto, em relação às operações tributadas e não tributadas, conforme determinação legal.

Em sede de informação fiscal, o Autuante explicou, que a empresa transportadora, ao apurar os valores do imposto, pode se creditar do ICMS, nas aquisições de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que, efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte. Para utilizar os créditos fiscais relativos a estes insumos, será necessário verificar que tipos de prestações de serviços são realizados pela empresa, se tributados, não tributados ou isentos, conforme previsto na legislação própria. Isto porque, é necessário calcular a proporcionalidade entre essas operações de prestação de serviços da empresa, para aplicar esse índice aos créditos fiscais a serem utilizados, podendo se creditar apenas, dos valores proporcionais às saídas tributadas.

Saliento pelo que consta dos autos, que em nenhum momento, o defendente teve glosado créditos legítimos a que tem direito, como aduziu em sua defesa. Observo que a empresa se credita do valor total, destacado no documento fiscal comprobatório deste direito, e por isso, torna-se necessário o estorno do crédito fiscal proporcional às suas operações de prestação de serviços de transporte não tributadas ou isentas.

Verifico que, conforme informado pelo Autuante, os valores apurados e retratados na planilha às folhas 11/13, foram elaboradas a partir dos livros fiscais apresentados pelo próprio autuado, ou seja, livro de Apuração do ICMS, folhas 21/55; livro Registro de Entradas, folhas 56/90; e livro Registro de Saídas, folhas 91/125, constantes do SPED Fiscal - Sistema Público de Escrituração Digital, existentes na base de dados da SEFAZ-BA.

Nessa esteira, constato que não assiste razão, a alegação defensiva, de que não se verifica qualquer irregularidade fiscal suficiente a embasar a acusação fiscal que impugnou, uma vez que consta devidamente discriminada a motivação para o presente lançamento fiscal. O débito apurado encontra-se em total consonância com o art. 30, inciso I da Lei 7.014/96, cujo teor é reproduzido pelo RICMS-BA/12 em seu art. 312, in verbis:

Art. 312. 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 imprevista na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

Dessa forma, observo que o Autuante também calculou corretamente a proporcionalidade prevista no supra citado dispositivo regulamentar, em seu § 4º, in verbis:

§ 4º. Tendo o contribuinte empregado mercadorias ou serviços na comercialização, fabricação, produção, extração, geração ou prestação, conforme o caso, de mercadorias ou serviços cujas operações de saídas ou prestações sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, o estorno do crédito será efetuado de forma proporcional, relativamente às mercadorias, materiais de embalagem, insumos ou serviços empregados nos produtos ou serviços não tributados.

Concluo restar comprovado nos autos, o cometimento pelo defendant do recolhimento a menos do ICMS, em decorrência da falta de estorno proporcional dos créditos fiscais, relativa às operações de prestações de serviços de transporte vinculadas a operações não tributáveis.

Também não vislumbro, no presente caso, qualquer ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS, como alegado na defesa, considerando que como dito nas preliminares deste voto, o lançamento fiscal foi realizado em absoluta consonância com a Lei 7014/96 e o RICMS/2012.

Em síntese, considerando os pressupostos acima alinhados, verificada a subsistência da infração quanto à obrigação principal, entendo correta a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, de 60% do valor dos créditos fiscais não estornados.

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

Tendo ciência da decisão acima prolatada pela Junta Julgadora, inconformada e tempestivamente, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, protocolado em 05.08.2019, fls. 424 a 430, pugnando pela reforma da mesma e acatamento das suas razões, objeto da presente análise.

Inicialmente a Recorrente comenta a respeito da autuação e da sua motivação afirmando que a mesma não deve prosperar pela existência de vícios insanáveis e motivos que em seguida apresenta.

Afirma a Recorrente: *“As infrações devem ser julgada totalmente improcedentes, eis que as mercadorias indicadas nos documentos fiscais que embasaram o lançamento fiscal tratam-se de insumos utilizados no serviço de transporte, sendo, portanto, correta a glosa dos créditos pelo Autuado.”*

Comenta a seguir a respeito da sua atividade de empresas de transportes de cargas e o direito ao creditamento do ICMS sobre os insumos utilizados, combustíveis, pneus e peças necessárias à execução da sua prestação de serviços.

Analizando o que venha a ser “insumo”, a Recorrente apresenta definição do Prof. Aliomar Baleeiro, como abaixo:

“insumo é uma algaravia de origem espanhola, inexistente em português, empregada por alguns economistas para traduzir a expressão inglesa ‘input’, isto é, o conjunto dos fatores produtivos, como matérias-primas, energia, trabalho, amortização do capital, etc., empregados pelo empresário para produzir o ‘output’ ou o produto final. (...). ‘Insumos são os ingredientes da produção, mas há quem limite a palavra aos ‘produtos intermediários’ que, não sendo matérias-primas, são empregados ou se consomem no processo de produção’ (Direito Tributário Brasileiro, Forense Rio de Janeiro, 1980, 9ª edição, pág.214).

Em complementação à citação acima, especificamente sobre o direito ao creditamento do ICMS sobre combustíveis e lubrificantes, apresenta julgado do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcritas:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CREDITAMENTO DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. SOCIEDADE EMPRESÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. BENS QUE SE CARACTERIZAM COMO INSUMO NECESSÁRIO À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. 1. Recurso ordinário em mandado de segurança em que se pretende o reconhecimento do direito de sociedade empresária prestadora de serviços de transporte fluvial ao creditamento do ICMS realizado no período de janeiro a dezembro de 2006, referente à aquisição de combustíveis e lubrificantes. 2. A jurisprudência do STJ tem reconhecido o direito das prestadoras de serviços de transporte ao creditamento do ICMS recolhido na compra de combustível, que se caracteriza como insumo, quando consumido, necessariamente, na atividade fim da sociedade empresária. Precedentes: REsp 1.090.156/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20/08/2010; REsp 1175166/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/03/2010. 3. Ante o objeto social da sociedade empresária recorrente, deve-se reconhecer que os combustíveis e lubrificantes são insumos necessários à prestação do serviço de transporte fluvial, e não bens de simples uso e consumo, como tem interpretado a administração tributária estadual. 4. Recurso ordinário provido para reconhecer o direito da impetrante ao creditamento do ICMS referente aos combustíveis e lubrificantes que utilizou na prestação do serviço de transporte fluvial. (STJ – RMS 2010/0081761-8 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. P. 20.10.2010).

Abordando de relação ao creditamento sobre a aquisição de peças de veículos, câmara de ar, lonas de freios e demais peças de substituição do veículo e mercadorias/material utilizados pelas empresas de transportes, nas sua atividades fins, apresenta, também, julgado do STJ, como abaixo:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CONTRIBUINTE PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. PEÇAS DE VEÍCULOS UTILIZADOS NA ATIVIDADE. INSUMOS. CREDITAMENTO. ART. 20 DA LC 87/1996. 1. Hipótese em que a contribuinte pretende creditar-se do ICMS incidente sobre aquisição de mercadorias que classifica como insumos essenciais para a prestação do serviço, quais sejam peças para os veículos utilizados no transporte interestadual e intermunicipal. O Tribunal a quo reconheceu a possibilidade de creditamento apenas em relação a combustível, lubrificante, pneus, câmaras de ar e material de limpeza, por estarem previstos expressamente no art. 66, IV, do Regulamento do ICMS mineiro. 2. Antes da atual LC 87/1996, vigia o Convênio Interestadual ICMS 66/1988, que regulava nacionalmente o ICMS, com força de lei complementar federal. O art. 31, III, previa o creditamento relativo aos insumos desde que: a) fossem consumidos no processo industrial e b) integrassem o produto final na condição de elemento indispensável a sua composição. 3. Com base nessa legislação, o STJ firmou entendimento de que somente os insumos que atendessem a essas duas condições (consumidos no processo e integrantes do produto final) permitiriam o creditamento. 4. Ocorre que a LC 87/1996 ampliou a possibilidade de creditamento, pois fez referência apenas à vinculação dos insumos à atividade do estabelecimento, mas não à necessidade de que eles integrem o produto final (art. 20, § 1º). 5. In casu, o Tribunal de origem consignou que a perícia realizada em primeira instância aferiu que "determinados bens sofrem desgaste total no processo insito ao objeto social da empresa contribuinte". Porém, é impossível afirmar ser isso incontrovertido, como alega a contribuinte, já que o Tribunal de Justiça entendeu irrelevante para o deslinde da demanda, pois "tal fato por si só não altera a classificação legal dos bens e a limitação ao aproveitamento dos créditos pretendidos". 6. Os autos devem retornar à origem para que o TJ-MG analise as provas e verifique se os insumos suscitados pela contribuinte são, efetivamente, aplicados e consumidos na atividade-fim da empresa. Em caso positivo, deverá reconhecer o direito ao creditamento, nos termos do art. 20 da LC 87/1996, ainda que esses bens não integrem o produto final (prestação do serviço de transporte). 7. Quanto ao pedido de correção monetária dos créditos, não há interesse recursal, pois o Tribunal a quo já reconheceu o pleito da empresa. 8. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ – Resp. 1175166 MG. Rel. min. HERMAN BENJAMIN. Dje 26.03.2010).

Acresce a Recorrente haver o RICMS/2012, em seu artigo 93, recepcionado tal entendimento, afirmando: “*O RICMS/BA, em seu art. 93, prevê a apropriação dos créditos oriundos da aquisição de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluídos para as empresas de transportes. Esta apropriação decorre do fato de tais bens serem utilizados como insumos para a prestação dos serviços de transportes, não havendo qualquer impedimento para que tal benefício seja entendido aos demais bens indicados nos referidos cupons fiscais autuados pelo Agente Tributante.*”

Em sequência, a Recorrente, diz ser claro afirmar que o RPAF/BAHIA, em seu artigo 18, considera nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Diz que, em que pese a acusação fiscal afirmar que tenha a Recorrente utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, a mesma se baseou nas notas fiscais por ela apresentadas, o que, sem isso, não seria possível o levantamento fiscal efetuado, complementando: “*Os documentos anexados ao próprio auto de infração atestam, até mais ver, que o Autuado, quando da fiscalização, apresentou todos os documentos fiscais que lastrearam a escrituração dos créditos fiscais no livro registro de entrada, não cabendo interpretação diversa.*”

Sequenciando, a Recorrente aborda a vinculação que deve ter o ato administrativo, afirmando:

A vinculação do ato administrativo com as razões expostas é conhecida pela jurisprudência e doutrina como a teoria dos motivos determinantes.

De acordo com esta teoria, quando a autoridade administrativa expressar os motivos que lhe levaram a realizar certo ato administrativo, este ato fica extremamente vinculado as razões que justificaram a sua autuação.

A respeito da “vinculação” apresenta julgado do Conselho de Contribuintes do Estado do Ceará, como abaixo:

EMENTA: ICMS - APROVEITAMENTO ANTECIPADO DE CRÉDITO - AUDITORIA FISCAL RESTRITA - TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - IMPEDIMENTO DO AUTUANTE - NULIDADE - UNANIMIDADE. Uma vez que o ato designatório traz como motivo: atraso ou falta de recolhimento de ICMS

no todo ou em parte, o agente autuante estava designado a lançar crédito tributário apenas decorrente de infrações relacionadas ao mencionado motivo. Fundamentação: Art 2º, §2º, II da Instrução Normativa U/2003 e Art 53, § 2a, II, do Decreto 25.468/99. Recurso Oficial conhecido e desprovido. Decisão de acordo com o parecer aprovado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. (Recurso de ofício nº 1/3052/2004. J. 12.06.2006).

Também, de relação à “vinculação”, apresenta julgado do STJ, a seguir transcrito:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO. ATO DISCRICIONÁRIO. RAZÕES. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. VINCULAÇÃO. VÍCIO. ANULAÇÃO. MOLÉSTIA. INCAPACIDADE DEFINITIVA. REFORMA EX OFFICIO.

I - Apesar de o ato de licenciamento de militar temporário se sujeitar à discricionariedade da Administração, é possível a sua anulação quando o motivo que o consubstancia está eivado de vício. A vinculação do ato discricionário às suas razões baseia-se na Teoria dos Motivos Determinantes.

II - É incapaz definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas, para efeitos de reforma ex officio (art. 106, II, da Lei nº 6.880/80), o militar que é portador de síndrome definida no art. 1º, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 7.670/88. Recurso conhecido e desprovido.(REsp 725537/RS. Min. Felix Fischer. 19/05/2005).

Abordando a “motivação”, cita o Professor Hely Lopes Meireles que afirma ser “nos atos vinculados, a motivação obrigatória”, e tendo apresentado as notas fiscais que comprovam a origem dos créditos utilizados, a autuação deixa evidente “total insegurança da acusação fiscal”.

Complementa afirmando que, em momento algum, o autuante buscou penalizá-la pela não apresentação dos documentos fiscais, o que torna a acusação inconsistente.

Encerrando sua peça recursiva, apresenta:

Isto posto, pede e espera o Recorrente que esta Colenda Junta de Julgamento Fiscal conheça do presente recurso e, em seguida, que seja dado TOTAL PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, a fim de se julgar NULO todo o auto de infração.

Na hipótese remota de não ser acatada a nulidade de todo o auto de infração, requer sejam acatados todos os pedidos alternativos, formulados neste recurso, no sentido de julgar improcedente o auto de infração.

Pugna por todos os meios de prova permitida em lei, inclusive, a juntada posterior de documentos e a realização de diligência, a fim de se aferir se os créditos glosados pelo autuante são originários de mercadorias utilizadas no serviço de transporte, assegurando, ao autuado, todos os direitos e garantias inerentes ao processo administrativo fiscal.

VOTO

O presente processo tem como motivação apresentada pelo autuante o recolhimento a menor de ICMS, decorrente da falta do estorno que deveria ser calculado com base na proporcionalidade entre as operações de prestação de serviços de transportes tributadas e não tributadas por parte da Recorrente o que foi pela mesma contestado.

Sendo a peça recursiva da Recorrente baseada unicamente na preliminar de nulidade da autuação, por, como afirma, conter vícios insanáveis e atentar contra o que dispõe o artigo 18 do RPAF, analiso tal preliminar.

Incialmente, entendo que a autuação está revestida de todas as formalidades exigidas pela legislação vigente, tendo o preposto autuante apresentado à Recorrente todos os levantamentos com demonstrativos claros, identificado os fatos geradores analisados, informado a metodologia de cálculo para apuração do quanto reclamado a título de tributo, em nada contraditando ao que dispõe o artigo 39 do RPAF.

Por outro lado, sob a alegação de nulidade com base no dispõe o artigo 18 do RPAF, transcrevo a seguir o que o mesmo determina, para que se possa identificar, ou não, a pretensão da Recorrente:

E diz o artigo 18 do RPAF:

Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

b) em que se configure ilegitimidade passiva.

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade.

§ 3º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou consequentes.

Não vislumbro, de forma alguma, qualquer suporte fático à pretensão da Recorrente, pois está a autuação atendendo plenamente aos ditames legais em especial ao que estabelece o RPAF, pelo que rejeito a sua preliminar de nulidade.

Adentrando ao mérito da autuação tenho que a mesma foi “*em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nas Prestações de Serviço de Transporte Rodoviário.*”

Exerce a Recorrente a atividade de transporte rodoviário de cargas, fazendo jus ao creditamento do ICMS sobre os insumos adquiridos para a consecução da sua atividade empresarial, conforme disposto na legislação estadual, em especial a Lei nº 7.014/96 que assim estabelece:

Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

O artigo 29 disciplina a utilização de créditos por parte do contribuinte em situações atípicas, ou fora da normalidade, o que ocorre com a atividade da Recorrente. Em sua atividade, opera com prestação de serviços de transportes de cargas, tributadas e não tributadas pelo ICMS, a exemplo do que ocorre quando o serviço é prestado no âmbito municipal, e, também, à época dos fatos geradores, nas operações dentro do Estado (não tributadas).

Como acima afirmado, o artigo 29 ao regulamentar a apropriação de créditos estabelece;

§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

(...)

III - para prestação de serviço, quando a prestação subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.

Afirma a Recorrente em seu Recurso Voluntário:

“O RICMS/BA, em seu art. 93, prevê a apropriação dos créditos oriundos da aquisição de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluídios para as empresas de transportes. Esta apropriação decorre do fato de tais bens serem utilizados como insumos para a prestação dos serviços de transportes, não havendo qualquer impedimento para que tal benefício seja entendido aos demais bens indicados nos referidos cupons fiscais autuados pelo Agente Tributante.”

Compulsando a legislação, verifico que o art. 93 do RICMS/BA, que não tratava de tal matéria, foi revogado pela Alteração nº 6 (Decreto nº 14.209, de 14/11/12, DOE de 15/11/12), efeitos a partir de 15/11/12, e tinha como redação, com efeitos até 14/11/2012: “*Art. 93. O cancelamento da NF-e somente poderá ser efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, transmitido à*

Administração Tributária que a autorizou.”

Portanto em nada socorre à Recorrente tal afirmativa, por não dizer respeito ao que é discutido no presente processo e não fornecer qualquer fundamentação para o objeto da lide proposta.

De relação à utilização do crédito fiscal o RICMS assim estabelece:

Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

(...)

§ 3º O crédito deverá ser escriturado pelo seu valor nominal.

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

II - o valor dos créditos estornados;

E,clareando o determinado no artigo 29 da Lei nº 7.014/96, o RICMS, no artigo 312, assim determina:

Art. 312. 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;

E é o que ocorre com a atividade da Recorrente, adquire insumos e os aplica em sua atividade, ocorrendo que ela é exercida mediante a prestação de serviços em operações tributadas e não tributadas, obrigando-se atender ao quanto determinado no artigo 312 do RICMS, acima transscrito, o que não o fez.

Por tudo que analisei, entendo que a Recorrente não consegue elidir a infração, limitando-se a pugnar pela preliminar de nulidade apresentada.

Desta forma, convicto do que entendi e das provas acostadas ao processo, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente, NEGO PROVIMENTO ao seu Recurso Voluntário e julgo PROCEDENTE o Auto de Infração em lide, mantendo a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 300200.0009/18-3, lavrado contra J R TRANSPORTES LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$320.836,45, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REP. DA PGE/PROFIS