

A. I. N° - 281077.0009/10-6
AUTUADO - COOPERATIVA NACIONAL DE TRANSPORTE TERRESTRE
AUTUANTE - ANDRÉA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - INFAS SANTO AMARO
INTERNET 09.03.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°0060-05/12

EMENTA: ICMS. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. O sujeito passivo recolheu imposto com base no regime de receita bruta, nos termos do art. 505-A, RICMS/BA e Termo de Acordo. Pagamentos feitos pelo autuado não foram considerados pela fiscalização, mesmo após o parecer da diligência fiscal. DAES que comprovaram efetivo recolhimento do ICMS reduzem a exigência. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/12/2010, apura que o contribuinte deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo à prestação de serviço de transporte, apurado com base no regime de apuração em função da receita bruta, conforme Termo de Acordo, conforme o art. 505-A, RICMS BA, nos exercícios 2008 / 2009. Valor de R\$175.303,70, com multa de 60%;

O autuado apresenta impugnação, fls.227/235, através de seu advogado, Mandato de Procuraçāo, fl. 238. Alega que na presente autuação não foi observado o princípio da verdade material, basilar no direito tributário, trazendo a doutrina de Hely Lopes Meirelles e Lúcia Valle Figueiredo, em favor de sua tese, concluindo que a presunção no Direito tributário é a exceção.

Aduz que a prova da ocorrência dos fatos e a averiguação da verdade material constitui mais que um ônus para a administração tributária, um dever jurídico, devendo prevalecer o entendimento de que, na ocorrência do fato jurídico tributário, o tributo é devido.

Afirma que no presente lançamento tal princípio não foi seguido, limitando-se o autuante a somar o valor das notas fiscais para se chegar ao suposto tributo; encontrou a base de cálculo, aplicou a alíquota e instituiu a multa de 60%. Diz, no entanto, que todo o tributo foi pago.

Diz que no anexo 01, o fiscal relacionou todas as notas fiscais sobre as quais foi exigida a suposta irregularidade, que em todas as notas houve retenção do ICMS pelos tomadores de serviços e que recolheu o tributo aos cofres públicos (DOC 04); que os recolhimentos suplementares foram feitos pelo próprio autuado (DOC 05), que nenhum desses pagamentos foi considerado pelo fiscal; complementa que a autuação recai até sobre notas fiscais de devolução de mercadorias (DOC 06), em outros casos sequer existiu fato gerador da obrigação tributária.

Diz, ainda, que em alguns casos a autuação deixou de constatar que houve recolhimento a mais, decorrente de prestações de serviços sujeitas ao imposto do ISS, conforme os lançamentos referentes ao mês de jan/2008 e, por isso, em razão da insignificância dos valores, abdica do direito de repetir o indébito. Conclui pela improcedência da exigência e a planilha do DOC 07 demonstra a mesma base de cálculo encontrada pela auditoria e os pagamentos que foram desconsiderados.

A auditora presta Informação Fiscal, fls. 360/366, argui acerca das razões defensivas, transcreve disposto no art. 505-A, RICMS BA e diz que apurou o imposto de acordo com a previsão legal.

Diz que a autuação, base de cálculo e alíquota estão conforme a legislação; questiona a afirmação defensiva da retenção de ICMS pelos tomadores, nos termos dos artigos 380 e 382, RICMS BA, que também transcreve, uma vez que o substituto tributário calcula o ICMS com base no regime sumário de apuração e não deve emitir documento fiscal com débito do imposto.

Afirma a autuante que a busca da verdade real foi realizada, pois efetuou vários contatos com a empresa, com o contador e outros prepostos (anexo A), externando, inclusive, a preocupação de cobrar o imposto de forma menos onerosa para o contribuinte já que aplicava a apuração normal do imposto, escriturando indevidamente crédito fiscal (uso e consumo) - anexo B.

Ressaltou que o art. 112, Decreto nº 6.284/97, que o imposto destacado indevidamente em documento não pode ser objeto de estorno ou anulação.

Finaliza, arguindo que a responsabilidade tributária é objetiva e independe da intenção do agente, que o autuado errou ao destacar imposto no documento fiscal, o que gera crédito no destinatário da mercadoria. Aduz que o lançamento é de vínculo obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional, sendo o ICMS tributo sujeito ao lançamento por homologação, incumbe ao contribuinte promover a apuração da exigência fiscal, a autoridade fiscal expressamente a homologa. Diz ainda que sanção é o meio que se vale à ordem jurídica para desestimular comportamento ilícito.

Concluiu pela procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar, a 5ª JJF converteu o PAF em diligência para adoção das providências que seguem: “a) *Verificar os recolhimentos efetivamente efetuados pelo autuado, excluindo-os da exigência fiscal; além de eventuais exigências que não representem efetiva prestação de serviço de transporte, como as devoluções questionadas pelo autuado. Pede-se observar a procedência e validade dos DAEs anexados pelo autuado (DOC 05), as devoluções supra referidas que não foram objeto da apreciação precisa da Auditora, na sua Informação Fiscal, nos termos do art. 127, RPAF BA; b) sendo o caso, elaborar novos demonstrativos de débitos, considerando apenas os valores que representem efetivamente prestações de serviço de transporte e que não hajam, de fato, os respectivos pagamentos*”.

Em atendimento à diligência, fl. 306, a autuante verificou os recolhimentos efetivamente efetuados, excluiu-os da exigência fiscal, segundo novo demonstrativo de débito (Anexo 01); b) foram excluídas as devoluções questionadas pelo autuado; c) confirmou a procedência e validade dos DAEs efetivamente recolhido pelo autuado (Anexo 01-B).

O autuado volta a manifestar-se, fls. 433/443, alegando que no novo demonstrativo elaborado, apesar de correta a sistemática utilizada pela fiscal, sua auditoria deixou de contabilizar diversos pagamentos realizados pelo autuado no período fiscalizado.

Junta as notas fiscais citadas no levantamento fiscal e comprovantes de pagamentos realizados, demonstrados mês a mês, os valores do ICMS supostamente devido, o recolhimento efetuado e a eventual diferença.

Diz que os contratos sobre os quais há reclamação de recolhimento a menos de ICMS, se referem aos contratos de locação de bens móveis, onde não há incidência de ICMS.

Elabora planilhas discriminando as notas fiscais emitidas, mês a mês, valor de cada operação, o ICMS devido, o recolhido e a diferença ainda existente, totalizando R\$20.402,58, no exercício de 2008 e R\$16.884,06, no exercício de 2009, totalizando o valor de R\$ 37.286,64, contestando os valores encontrados pela auditora Fiscal.

Reitera que a não incidência de ICMS nos serviços de locação de bens móveis, conforme decisões pacíficas dos Tribunais Superiores, dispositivo vetado, quando da sanção da Lei Complementar nº 116/03 (transcreve o texto).

Diz que nas notas fiscais acostadas, percebe-se que as receitas referem-se à locação de veículos que ficam à disposição do tomador. Pede a exclusão de tais valores e a improcedência parcial do presente auto de infração.

A autuante, em nova informação fiscal, fls. 683/686, diz que, apesar da sustentação defensiva que aluga bens móveis, mantém a autuação e o entendimento que o sujeito passivo é prestador de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros e que os demonstrativos anexos à diligência fiscal apontam os recolhimentos efetivamente realizados pelo autuado.

Transcreveu novamente o Art. 505-A do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, como prova da ocorrência dos fatos e da cobrança correta do tributo. Aduz que no inciso V, vê-se que o imposto mensal do autuado é calculado com a aplicação de 5% sobre o valor da receita bruta mensal. Considera receita bruta mensal o valor das receitas auferidas oneradas pelo ICMS (o autuado emite notas fiscais com destaque do imposto). Ressalta que o imposto destacado indevidamente em documento não pode ser objeto de estorno ou anulação, conforme dispõe o art. 112 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o que o destaque do imposto gera crédito ao destinatário das mercadorias, não podendo ser anulado ou estornado.

Conclui pedindo a Procedência Parcial do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir do contribuinte o ICMS, no valor de R\$175.303,70 (multa de 60%), que deixou de recolher relativo à prestação de serviço de transporte, apurado no regime de apuração em função da receita bruta, conforme o art. 505-A, RICMS BA.

O sujeito passivo argui, mesmo após o parecer da diligência solicitada para dirimir as dúvidas existentes na exigência tributária, que a auditoria fiscal deixou de contabilizar pagamentos efetuados e que o ICMS ainda reclamado se refere aos contratos de locação de bens móveis (veículos que ficam à disposição do tomador), onde não há incidência de ICMS, em conformidade com dispositivo (vetado) da Lei Complementar nº 116/03, além de decisões dos Tribunais Superiores.

Examinando os autos do processo, verifico que o crédito tributário constituído tem origem no ICMS deixado de recolher no prazo regulamentar na prestação de serviços de transportes, apurado com base no regime de apuração em função da Receita Bruta, de acordo com demonstrativo inicial de fls. 10/19; atendendo solicitação de diligência expedida pela 5ª junta de julgamento, a Auditora Fiscal elabora novos demonstrativos de débitos, fls. 387/399, reduzindo a exigência tributária de R\$ 175.303,70 para R\$ 140.483,50, nos dois exercícios fiscalizados.

No segundo demonstrativo, a autuante excluiu determinados pagamentos da exigência fiscal; o autuado alega que outros pagamentos realizados, no período fiscalizado, foram desconsiderados.

É o que examinaremos:

A legislação do ICMS do Estado da Bahia admitiu entre as operações realizadas por contribuintes optantes pelo pagamento do imposto em função da receita bruta, aquelas realizadas pelas empresas prestadoras de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, conforme se examina do art. 505-A, RICMS BA.

Nessa hipótese, o imposto a ser pago mensalmente será calculado aplicando-se o percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da receita bruta mensal, sendo esta o valor das receitas

auferidas, no mês, com a prestação de serviço de transporte de passageiros oneradas pelo ICMS (art. 505-A, incisos V e VI).

O contribuinte que pretender optar por esse tratamento tributário deverá formalizar a sua opção, mediante a celebração de acordo com o Estado da Bahia, ficando vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais vinculados às prestações objeto do mencionado regime de apuração.

Vale ressaltar ainda, as prestações sujeitas ao regime de substituição tributária de que tratam os artigos 380 a 382, RICMS BA, não serão computadas na receita bruta mensal, hipótese em que o substituto tributário calculará o ICMS com base no regime sumário de apuração.

Diante de tais pressupostos, entendo que o direito assiste ao autuado no que se refere aos pagamentos feitos e cujas cópias foram trazidas aos autos, não considerados pela Auditora Fiscal, considerando que o sujeito passivo, na condição de prestador do serviço de transporte de passageiros, nos termos do art. 505-A, RICMS BA, firmou com a Secretaria da Fazenda tratamento tributário excepcional (Termo de Acordo), prevendo que o imposto a ser pago mensalmente, seja calculado aplicando-se o percentual de 5% sobre o valor da receita bruta mensal (fl. 218).

No caso em exame, de acordo com os instrumentos anexos às fls. 446 e seguintes, verifico que no mês de janeiro 2008, por exemplo, após a revisão procedida, a autuante aponta em seu demonstrativo, fl. 387, a receita bruta de R\$ 174.053,47; ao aplicar o percentual de 5%, apurou um valor a recolher de R\$ 8.702,67. Ocorre que considerou apenas o pagamento de R\$ 4.298,85, apesar do pagamento de DAE, no valor de R\$ 4.775,74, fl. 459, que se refere às notas fiscais fatura serviço de transporte, série B2 nºs 1058, 1059, 1065 e 1061. No entanto, a Auditora Fiscal desconsiderou em seu demonstrativo o pagamento de R\$ 2.885,23, Código de Receita 1632 (ICMS da substituição tributária sobre transporte), referente às Notas Fiscais nºs 1055 e 1057 (fl. 460).

No mês seguinte, em fevereiro 2008, a receita bruta totalizou R\$ 168.537,89 e o ICMS a recolher de R\$ 8.426,89. Considerou apenas o pagamento de R\$ 4.136,07, DAE fl. 286, que se refere às notas fiscais fatura serviço de transporte, série B2 nºs 1063, 1068 e 1069, que somam prestação de serviços na ordem de R\$ 82.721,45. No entanto, a Auditora Fiscal desconsiderou em seu demonstrativo o pagamento relativo à Nota Fiscal nº 1066, no valor de R\$ 59.773,14 e ICMS R\$ 2.988,66 (fl.468), Nota Fiscal nº 1067, no valor de R\$ 3.228,02 e ICMS R\$ 161,40 (fl.469). Nesse mês, resta sem pagamento, a Nota Fiscal nº 1064, no valor de R\$ 22.815,28 (fl. 471) e ICMS devido de R\$ 1.140,76, cuja prestação de serviço foi faturada contra a Petrobrás, localizada em Aracaju, no Estado de Sergipe e cujo ICMS correspondente, R\$ 3.878,60 (17% sobre R\$ 22.815,28) foi recolhido, equivocadamente, para aquele Estado (fl. 285).

No mês de junho 2008, os DAES (fls.506 e 507) serviram ao pagamento das Notas Fiscais nºs 1098, 1099 e 1101 foram desconsiderados pela autuante. Não foram identificados os respectivos recolhimentos das Notas Fiscais nºs 1100 e 1102, totalizam receita bruta no valor de R\$ 70.054,27 e ICMS a recolher de R\$ 3.502,71.

Em setembro 2008, a Auditora Fiscal não considerou o DAE (fl.533) no valor de R\$ 11.634,49, com o Código de Receita 1632, que se refere às Notas Fiscais Fatura Serviço de Transporte de nºs 1131, 1135, 1139, 1140 e 1140, que somam prestação de serviços na ordem de R\$ 232.689,71. A fiscalização apenas acatou em seu demonstrativo o pagamento relativo às Notas Fiscais nºs 1128, 1129 e 1130, no valor de R\$ 5.879,30 e ICMS R\$ 293,97 com o Código de Receita 0775 (fl.468). Nesse mês, resta sem pagamento as Notas Fiscais nºs 1132 e 1137 no valor de receita bruta de R\$ 60.433,87 e ICMS devido de R\$ 3.421,69, cuja prestação de serviço foi faturada contra a Petrobrás, localizada em Aracaju, no Estado de Sergipe.

Em março de 2009, a Auditora Fiscal considerou apenas o DAE relativo à nota fiscal nº 1166 (fl.587) no valor de R\$ 1.144,00, com o Código de Receita 0775; desconsiderou os pagamentos das Notas Fiscais Fatura Serviço de Transporte de nºs 1169, 1170, 1172, 1173, 1177, 1174 e 1176, que somam prestação de serviços na ordem de R\$ 246.963,19 e ICMS R\$ 12.346,17, com o Código de

Receita 0775 (fl.588), todas de serviço de transporte de passageiros prestados à Petrobrás, localizada no Estado da Bahia. Nesse mês, restam sem pagamento as Notas Fiscais nºs 1167 e 1168, no valor de receita bruta de R\$ 68.244,44 e ICMS devido de R\$ 3.412,22, cuja prestação de serviço foi faturada contra a Petrobrás, localizada em Aracaju, no Estado de Sergipe.

O valor da exigência em junho 2009, R\$ 6.465,24, foi pago através do DAE (fl. 620), com Código de Receita 1632, relativo às Notas Fiscais nºs 1199, 1200, 1202, 1203 e 1204, todas de serviço de transporte de passageiros prestados à Petrobrás, localizada no Estado da Bahia, permanece no demonstrativo fiscal, mesmo após a deliberação da diligência. O valor da exigência de setembro 2009, R\$ 1.068,57, foi pago através do DAE (fl. 645), com Código de Receita 1632, relativo às Notas Fiscais nºs 1224, 1225 e 1226, prestações de serviços à Petrobrás, no Estado da Bahia.

As informações prestadas pela Auditora Fiscal para que não fossem considerados os pagamentos efetivamente realizados pelo sujeito passivo não estão conforme a legislação que sustenta a matéria ou não são razoáveis o suficiente para a manutenção da exigência tributária.

O equívoco do contribuinte em destacar o imposto no documento fiscal não autoriza a desconsideração de pagamentos, sobretudo, porque os pagamentos foram efetivamente feitos pelo autuado. O tomador dos serviços não fez retenção, nem pagou imposto que, se o fizesse, seria com base no regime sumário de apuração, cujo crédito fiscal daquelas prestações seria utilizado na verificação da diferença do ICMS a pagar (art. 117, RICMS BA), do que não trata o caso.

O estorno de débito fiscal, constante do art. 112, RICMS, abordado pela preposta fiscal, não se aplica, no caso concreto, tendo em vista que não é objeto das discussões a anulação de débito, nem estorno do valor pago.

Tampouco cabíveis os argumentos defensivos acerca da não incidência de ICMS nos serviços de locação de bens móveis, uma vez que mesmo nas operações, cuja descrição da prestação de serviço de transporte trazia *“locação de veículos com motorista”*, foram incluídas no valor da receita bruta mensal para fins de pagamento do ICMS, sem questionamentos ou apresentação de provas de que tais prestações não estivessem sujeitas ao imposto estadual.

Por fim, eventuais erros do contribuinte na escolha correta do código de receita para pagamento do imposto devido não justificam uma nova exigência através lançamento de ofício.

Em face do exposto, e diante do farto conjunto de provas acostadas aos autos, acolho as razões de defesa para o aproveitamento dos pagamentos do imposto relativo às prestações de serviços de transporte de passageiros, nos termos do art. 505-A, RICMS BA, exceto para aquelas prestações, cujos comprovantes não constam dos autos.

Os demonstrativos abaixo para os exercícios 2008 e 2008 discriminam os valores remanescentes.

Receita bruta mensal / ICMS não recolhido 2008				
MES	NFFPS	FATURA	ICMS	ICMS DEVIDO
jan/08	1054	30.383,89	1.519,19	1.519,19
fev/08	1064	22.815,28	1.140,76	1.140,76
mar/08	1074	26.349,36	1.317,47	
	1080	77.991,65	3.899,58	5.217,05
abr/08	1084	29.523,84	1.476,19	1.476,19
mai/08	1093	495,50	24,78	24,78
jun/08	1100	23.029,07	1.151,45	
	1102	47.025,20	2.351,26	3.502,71
Jul/08	1112	43.901,33	2.195,07	2.195,07
set/08	1132	35.171,21	1.758,56	
	1137	32.262,66	1.613,13	3.371,69
out/08	1145	38.142,91	1.907,15	1.907,15
nov/08	1151	34.957,33	1.747,87	1.747,87
dez/08	1157	36.397,65	1.819,88	
	1161	1.340,00	67,00	1.886,88

		479.786,88		
ICMS devido		23.989,34		23.989,34

Receita bruta mensal / ICMS não recolhido 2009				
MES	NFFPS	FATURA	ICMS	ICMS DEVIDO
mar/09	1167	34.680,04	1.734,00	
	1168	33.564,40	1.678,22	3.412,22
abr/09	1181	35.061,90	1.753,10	1.753,10
mai/09	1191	49.385,10	2.469,26	2.469,26
jul/09	1208	50.928,97	2.546,45	2.546,45
ago/09	1212	41.631,01	2.081,55	
	1218	3.046,50	152,33	2.233,88
out/09	1235	43.710,55	2.185,53	
	1238	45.449,85	2.272,49	
	1239	222,92	11,15	4.469,17
		337.681,24		
	ICMS devido	16.884,06		16.884,08

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, totalizando R\$40.873,42.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281077.0009/10-6, lavrado contra **COOPERATIVA NACIONAL DE TRANSPORTE TERRESTRE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$40.873,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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, 28 de fevereiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR