

A. I. N ° - 110427.0009/10-2
AUTUADO - VIAÇÃO ÁGUIA BRANCA S.A.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 11.04.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0078-04/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Restou comprovado que o crédito fiscal utilizado refere-se a crédito presumido relativo a prestação de serviço de transporte de encomenda e não de transporte de passageiros submetidos a apuração do imposto em função da Receita Bruta. Infração descaracterizada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. REGIME DE RECEITA BRUTA. Demonstrativos juntados com a defesa comprovam que houve recolhimento a menos do imposto. Não acatada a compensação de recolhimento a mais em outros meses por falta de amparo legal. Infração não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE SAÍDA. Restou comprovado que os valores registrados no livro de RSM refere-se a agrupamento de notas fiscais e não do número indicado como apurado pela fiscalização. Infração elidida. b) DIFERENÇA ENTRE OS VALORES REGISTRADOS NA ESCRITA CONTÁBIL E ESCRITA FISCAL. Documentos juntados com a defesa comprovam que na apuração do débito foi considerada indevidamente parte de valores de receitas referentes a operações de prestação de serviços de transporte de passageiros no âmbito dos municípios sujeitos à incidência do ISS. Refeitos os cálculos, implicou em redução do débito. Infração caracterizada em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/12/10, exige ICMS no valor de R\$ 478.237,10, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS. Consta na descrição dos fatos que sendo optante do regime de apuração e recolhimento do imposto em função do regime de receita bruta (art. 505-A do RICMS/BA), utilizou crédito fiscal presumido no mês de janeiro/08 - R\$324,15.
02. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nas prestações de serviços de transporte rodoviário, na condição de optante pelo regime da receita bruta (2007/2009) - R\$32.521,96.
03. Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS referente à prestação do serviço de transporte não escriturado nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que se refere a diversas notas fiscais de prestação de serviços de transportes tributáveis, não registradas na escrita fiscal do estabelecimento conforme o Anexo 4 - R\$6.325,75.

04. Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS referente à prestação do serviço de transporte não escriturado nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que refere-se a diferenças apuradas entre os valores registrados na escrita contábil e na escrita fiscal, caracterizando falta de escrituração de receitas de prestação de serviços, conforme o Anexo V (2007) - R\$439.065,24.

O autuado na defesa apresentada (fls. 213/227) comenta as infrações, ressalta que exerce atividade de prestação de serviços de transporte rodoviário de passageiros e cargas, além de locação de veículos e transporte turístico, sujeitos aos pagamentos de ISS e ICMS.

Alega que a fiscalização não se aprofundou na verificação dos documentos disponibilizados, o que resultou em autuação equivocada, o que pode ser corrigido mediante realização de perícia.

Com relação à infração 1, esclarece que optou pelo regime de recolhimento do imposto em função da receita bruta (art. 505-A do RICMS/BA) e fez uso do crédito fiscal presumido no mês de janeiro/08, no valor de R\$ 324,15 relativo a receita de transporte de encomenda de R\$1.620,73 previsto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 106/96.

Ressalta que a vedação de utilização de crédito fiscal prevista no art. 505-A, VIII do RICMS/BA se aplica somente às receitas de transporte de pessoas, não atingindo as encomendas (transporte de cargas), cujo crédito presumido é autorizado. Questiona se o Conv. ICMS 106/96 estava em vigor em 2008 e previa a utilização do crédito presumido de 20%, como lançado no livro RAICMS.

Quanto à infração 2, informa que nos exercícios de 2007/2009, era optante do regime de receita bruta (art. 505-A do RICMS/BA) e a fiscalização não considerou:

- a) crédito presumido de 20% relativo à receita de encomendas, conforme Convênio ICMS 106/96;
- b) compensação do ICMS recolhido antecipado-notas fiscais/serviço de transporte (04/08 a 12/09).

Ressalta que foi apurado o valor exigido com a aplicação de 5% sobre as receitas, enquanto o cálculo efetuado pela empresa foi com base no crédito presumido de 20% do valor do ICMS devido na prestação do serviço de transporte de cargas, resultando em um montante de R\$93.116,27 que, deduzido os 20% chega-se a um crédito de ICMS de R\$ 18.623,25, valor este próximo do exigido pela fiscalização.

Fato Gerador	Base de Cálculo	ICMS	Crédito 20%
31/1/2007	45.918,78	6.246,81	1.249,36
28/2/2007	32.585,35	4.583,52	916,70
31/3/2007	43.686,61	6.141,60	1.228,32
30/4/2007	39.534,80	5.498,42	1.099,68
31/5/2007	51.054,10	7.325,87	1.465,17
30/6/2007	47.795,83	6.673,20	1.334,64
31/7/2007	49.521,81	6.954,75	1.390,95
31/8/2007	50.385,50	7.083,33	1.416,67
31/10/2007	136.285,68	18.206,29	3.641,26
30/11/2007	112.314,68	14.930,46	2.986,09
31/12/2007	67.509,56	9.472,02	1.894,40
Total		93.116,27	18.623,25

Formula quesitos a serem respondidos na perícia do livro de apuração de ICMS e documentos apresentados, quanto à vigência do Conv. ICMS 106/96; previsão do crédito presumido de 20% sobre prestação de serviço de transporte; se tinha direito e lançou o valor que tinha direito.

Com relação ao período de 4/2008 a 12/2009, afirma que o autuante desconsiderou a compensação do ICMS recolhido a mais, compensado nas operações futuras, pelo fato das notas fiscais emitidas com destaque do ICMS terem sido canceladas, gerando pagamento indevido como:

Fato Gerador	ICMS a recolher após cancelamento	DAE Pgto (ICMS s/ notas canceladas)	Compensar	motivo do recolhimento a maior ref. nota fiscal
5/2008	304.927,69	309.113,24	4.185,55	NFs 260 e 261; prestada conta em 05/2008 e emitidas em 06/2008
8/2008	338.238,77	341.436,73	3.197,96	NF 351 e 375; prestado em 08/2008 e emitidas em 09/2008 e 10/2008
9/2008	325.083,46	328.230,21	3.146,75	NFs 365, 367, 368 e 369; prestado em 09/2007 e emitidas em 10/2007
11/2008	334.175,18	337.381,68	3.206,50	NFs 391, 398 e 399; prestado em 11/2008 e emitidas em 12/2008
5/2009	308.541,48	308.601,48	60,00	NF 1317 (Turismo Itaberaba); prestado em 05/09 e emitida em 04/09
8/2009	340.650,55	341.123,04	472,49	NF 1554 e 1555 Turismo Irecê; prestado em 08/09 e emitida em 07/09

Ressalta que a totalização da cobrança é próxima do valor do ICMS recolhido antecipadamente, que foi compensado em operações futuras, conforme resumo de apuração do ICMS – maio/2008, agosto/2008, setembro/2008, novembro/2008, 4/2009 e 8/2009 (doc. 5).

Formula quesitos a serem respondidos pelo perito: a) as notas fiscais descritas no quadro acima foram emitidas? b) as notas fiscais descritas no quadro acima foram canceladas? c) o ICMS referente às notas canceladas foi recolhido? d) o valor do ICMS referente às notas canceladas equivale ao valor das compensações realizadas posteriormente?

Com relação à infração 3, relativo à não escrituração de diversas notas fiscais de prestação de serviços de transporte, diz que na verdade a escrituração englobava mais de uma nota fiscal por linha do livro, a exemplo das NF “5703 a 5704”, “21529 a 21537”, conforme cópia do livro juntado aos autos (fls. 297/363), cujo somatório do ICMS em cada “grupos de notas” escrituradas no livro próprio equivale ao valor do ICMS destacado nas respectivas notas fiscais, conforme exemplificado às fls. 221/222 e planilha às fls. 222/224.

Formula quesitos quanto à emissão das notas fiscais; se há descrição das mesmas no LAICMS; se o agrupamento corresponde ao valor devido e se houve falta de recolhimento do ICMS.

Relativamente à infração 4 (diferenças na escrita fiscal/contábil) da empresa (filial Itabuna), na conta 31.11.01-Passageiros e os lançados na escrita fiscal, no exercício de 2007, pondera que a autuação foi feita por arbitramento, sem separar as receitas tributadas pelo ICMS e ISS.

Também não levou em conta o estorno de passagens canceladas, registradas na conta 31.22.01.

Afirma que para demonstrar o alegado, junta ao processo planilha demonstrativa da composição da receita da filial em janeiro/2007, segregando os fatos geradores de ICMS e ISS, bem como cópia da DMS – Declaração mensal de serviços; livro de registro de prestação de serviços; cópia da DAM – Documento de Arrecadação de ISS e Livro de Apuração do ICMS, demonstrando os valores recolhidos a esse título, acompanhada da respectiva guia de recolhimento.

Também junta cópia de livro representativo da conta contábil 31.22.01 de vendas canceladas no período que totalizaram R\$642.212,82. Manifesta que a autuação invade a competência tributária dos municípios, sendo necessário realizar perícia contábil para verificar o quanto alegado.

Formula quesitos que espera serem respondidos: se presta serviços submetidos ao ISS; se teve receita e recolhimento de ISS em 2007; qual valor; se há notas fiscais emitidas por intermédio de municípios; se a totalidade das receitas decorrem de serviços com incidência do ICMS e do ISS. Também se houve vendas canceladas e se o autuante levou em conta os valores correspondentes.

Indica como assistente técnico para acompanhar a perícia Sr. Ueslei Almeida de Melo, contador (CRC/ES/016325/O-7), CPF 072.635.087-70, tel. (27) 2125-1309 email ueslei@aguia branca.com.br.

Requer julgar procedente a impugnação para anular o auto de infração em referência, em razão da impropriedade das acusações fiscais realizadas, ratifica o pedido de realização de diligência.

O autuante presta a primeira informação fiscal (fls. 374/378) e quanto à infração 1, reconhece que cabe razão ao autuado, tendo em vista que durante a ação fiscal, por um lapso, não observou que “as receitas daquele mês incluíam também fretes de Transporte Rodoviário de Cargas”, apesar de constar anotação nesse sentido no LAICMS. Concorde com a improcedência desta infração.

No tocante à infração 2, comenta as alegações defensivas quanto às diferenças apuradas no período de 31/01/2007 a 31/12/2007, decorrente de crédito fiscal presumido de 20%, no transporte de cargas (Convênio ICMS 106/96) e no período de 04/2008 a 12/2009, face ao recolhimento a mais decorrente de cancelamento de notas fiscais, compensado em período posterior.

Quanto à primeira alegação, esclarece que embora tenha havido emissão de CTCs no exercício de 2007, não foi escriturado no LAICMS qualquer parcela de crédito presumido.

Também, que apesar de optado pela tributação em função da receita bruta com percentual de 5% sobre as receitas de serviço de transporte de pessoas, utilizou um método de escrituração não convencional, debitando à alíquota de 17% a receita de transporte de passageiros, seguido de um “estorno de débito”, correspondente a 12% (17% - 5%) no LAICMS.

Afirma que não tendo registrado “outros créditos”, relativos ao “Crédito Presumido” levou em consideração somente os valores discriminados e registrados, não demonstrando que utilizava o benefício fiscal, como determina a legislação do ICMS. Diz que tendo adicionado o valor do benefício fiscal a título de “estorno de débito” redundou no valor do imposto a recolher, que de forma esdrúxula causou dificuldades aos trabalhos de fiscalização, por fugir aos ditames das normas fiscais pertinentes. Aceita as reivindicações do contribuinte, com base nos elementos que serviram para a elaboração dos cálculos, o que resulta no demonstrativo abaixo:

Mês	Frete Cargas (Base Cál.)	Déb. ICMS (12%, 17%)	Créd. Presum. (20%)	ICMS Apur. (Anexo I)	ICMS Devido (Apur.-Pres.)	Recolhido (Normal)	Diferença Apurada
01/07	45.890,96	6.382,30	1.276,46	413.835,77	412.559,31	412.450,92	108,39
02/07	32.585,85	4.583,58	916,72	333.543,18	332.626,46	332.627,07	(0,61)
03/07	43.686,61	6.141,65	1.228,33	265.033,19	263.804,86	263.804,83	0,03
04/07	39.534,80	5.498,42	1.099,68	281.633,27	280.533,59	280.533,58	0,01
05/07	51.054,10	7.325,87	1.465,17	247.110,56	245.645,39	245.827,97	(182,58)
06/07	47.796,01	6.673,30	1.334,66	336.067,79	334.733,13	334.733,05	0,08
07/07	49.503,80	6.954,75	1.390,95	315.839,38	314.448,43	314.649,05	(200,62)
08/07	50.385,50	7.083,93	1.416,79	283.188,53	281.766,75	281.771,26	(4,51)
09/07	60.764,65	10.329,99	2.066,00	285.299,59	283.233,59	285.938,87	(2.705,28)
10/07	136.264,37	18.206,29	3.641,26	307.460,13	303.818,88	303.810,71	8,17
11/07	112.299,17	14.930,46	2.296,09	299.711,38	296.725,29	296.696,93	28,36
12/07	67.487,25	9.472,02	1.610,24	421.087,33	419.477,09	419.192,92	284,17

Conclui que restam diferenças a recolher nos meses de janeiro, outubro, novembro e dezembro/07, com valores respectivos de R\$108,39, R\$8,17, R\$28,36 e R\$284,17, não sendo cabível a compensação de valores recolhidos a mais nos meses de maio, julho, agosto e setembro/07.

Quanto ao período de 04/08 a 12/09, que o autuado alegou ter feito compensação em período posterior de ICMS recolhido a mais em decorrência do cancelamento de notas fiscais, ressalta que não há previsão na legislação do ICMS, que permita compensação aleatória de créditos de documentos fiscais já emitidos e escriturados ao teor dos artigos 211 e 212 do RICMS/BA.

Atenta também que não foi apresentada qualquer comprovação de que as notas fiscais citadas na defesa (fls. 219/220) tenham sido canceladas, contrariando o disposto no art. 210 do RICMS/BA, que determina a manutenção de todas as vias do documento fiscal cancelado e indicação do motivo do cancelamento anotado no livro fiscal (art. 210, §1º do RICMS/BA).

Conclui dizendo que pelos motivos expostos, inclusive a falta de comprovação dos cancelamentos, ficam mantidos os valores reclamados relativos ao período 04/08 a 12/09.

No tocante à infração 3, reconhece que procede em parte as alegações defensivas, por ter deixado de constar os números de várias notas fiscais no livro Registro de Saídas, ficando comprovado na defesa que valores de documentos fiscais foram englobados em outros, conforme fls. 220/224.

Ressalva que vários outros documentos não foram registrados e devem constar da autuação, de acordo como o Demonstrativo das Notas Fiscais de Saída não Registradas refeito, juntado às fls. 379/380, remanescendo o valor devido de R\$5.173,50, fora acréscimos legais.

Relativamente à infração 4, comenta as alegações defensivas de que não foram separadas as receitas oriundas de serviços submetidos ao ICMS e ISS, nem considerado o estorno de passagens canceladas, registradas na conta contábil 31.22.01 e contesta dizendo que apurada diferença entre receitas registradas na escrita fiscal e contábil, não há como separar tais receitas, por tipo. Entende que “esse procedimento só seria possível, se houvessem as notas fiscais de prestação de serviço ou os bilhetes de passagem emitidos, comprovando essas circunstâncias” e não havendo

documento emitido ou apresentado, preponderância de prestação de serviços de passagens intermunicipais e interestaduais, as diferenças apuradas são tributáveis pelo ICMS.

Observa que as receitas sujeitas à tributação do ISS foram consideradas conforme Anexo V, constando na coluna “Saídas Outras”, o “Tipo de Receita”, a rubrica “Transp. Pass/Turismo”, e na coluna reservada a “Doc. Fiscal” a inscrição NFST (ISS), para não deixar dúvida quanto à não cobrança de ICMS dos serviços sujeitos à tributação pelo imposto municipal.

Ressalta que foram inseridas as receitas comprovadas por documentação fiscal idônea, devidamente escrituradas nos livros próprios, mas as diferenças apuradas contabilizadas sem a competente documentação indicam estarem sujeitas à tributação do ICMS, face à atividade principal – Transportes Intermunicipais e Interestaduais.

Quanto à não consideração das passagens canceladas, afirma que não procede, pois se ocorreram esses cancelamentos, foram devidamente registrados no livro Registro de Saídas, cujo procedimento normal após a emissão das passagens constam no Resumo do Movimento Diário (RMD) do estabelecimento, devidamente escriturado no livro Registro de Saídas.

Diz que após estes procedimentos, os estornos são efetuados tanto na escrita fiscal, quanto na contábil, devendo apresentar consonância em suas grandezas e a comprovação de diferença presume que receitas deixaram de ser registradas na escrita fiscal, com a conseqüente falta de recolhimento do imposto.

Destaca ainda que não lhes foram apresentados os documentos correspondentes aos cancelamentos do exercício de 2007. Ressalta que no exercício de 2008 tais documentos foram apresentados e verificados como escrituração correta, não gerando qualquer dúvida quanto à veracidade dessas operações, o que não ocorreu com relação o exercício de 2007.

Por fim, requer a procedência do Auto de Infração considerando as retificações procedidas.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 381/382), tendo o impugnante se manifestado (fls. 383/390).

Ressalta que em relação à infração 1, o autuante reconheceu sua improcedência.

No tocante à infração 2, ressalta que na impugnação apresentou alegações relativas ao período de 01/2007 a 12/2007, sobre o qual não foi considerado o crédito presumido de 20% e no período de 04/2008 a 12/2009 em que não foi considerado a compensação do ICMS recolhido antecipadamente referente às notas fiscais de serviços de transporte.

Com relação à primeira alegação afirma que diante da documentação apresentada o autuante reformulou as planilhas originais e tendo encontrado saldo credor e devedor, requer que de ofício seja feita a compensação.

No tocante ao período de 04/2008 a 12/2009, reafirma que a fiscalização não considerou a compensação do ICMS recolhido antecipadamente de prestação de serviços de transporte que foi compensado em operações futuras e diante do posicionamento do autuante de que não há provas de ocorrência de cancelamento das notas fiscais que deu origem ao aproveitamento dos créditos, afirma que pode ser verificado por “intermédio de suas escriturações, bem como dos respectivos documentos fiscais, cuja perícia foi devidamente requerida”, sendo inviável acostá-los aos autos e que poderia ter sido feito pelo autuante diante dos requisitos feito na defesa.

Quanto à infração 3, afirma que juntou com a defesa cópia do livro Registro de Saída com indicação das respectivas páginas para demonstrar que todas as notas fiscais foram lançadas de forma englobada e não se sustenta a conclusão de que há notas fiscais não registradas.

No tocante à infração 4, afirma que não procede a alegação de que não foram apresentados à fiscalização os documentos comprobatórios dos cancelamentos, visto que conforme documentos email passado pelo autuante durante a fiscalização o mesmo afirmou que “os testes de amostragem realizados com os bilhetes de passagens cancelados, enviados por essa empresa, já

são suficientes para o convencimento desta fiscalização. Desta forma, não será mais necessária a remessa dos bilhetes solicitados”.

Questiona se o próprio autuante já tinha feito os testes necessários relativos aos cancelamentos, como pode agora afirmar que estes não foram apresentados.

Repisa que não foram separadas as receitas de serviços submetidos ao ICMS e ISS, nem estorno de passagens canceladas, registradas da conta contábil 31.22.01, embora o autuante afirme que considerou as receitas de serviços sujeitas à incidência do ISS, que não condiz com a realidade.

Esclarece que houve alteração no procedimento realizado para o ano 2008, visto que até 2007, somente era levado para o livro fiscal o valor líquido do faturamento, descontados os valores contábeis a título de cancelamentos, o que conduz a uma discrepância entre o valor bruto contábil e o valor fiscal tributável (líquido contábil), já que não se consideram os cancelamentos.

Em 2008, o procedimento foi revisto, e passou-se a levar para o livro fiscal o valor do faturamento bruto e a descontar o cancelamento no próprio livro, ficando assim demonstrado não só o valor fiscal líquido tributável, como também o valor bruto contábil e cancelamentos.

Argumenta que no demonstrativo comparativo de receitas – Anexo V, o autuante indicou receitas de serviços cujo documento Fiscal NFST (ISS) traz expresso receita transporte de passageiros/turismo, como seriam serviços de transporte sujeitos a retenção de ISSQN, estando excluídas da base de cálculo. Porém, o correto é que se tratam de serviços realizados com retenção de ICMS, e não ISSQN, conforme cópias anexadas à presente referente 01/2007, coincidentes com o valor apresentado. Assim, os serviços prestados de transporte municipal, que se sujeitam à incidência de ISSQN, apesar de excluídos do livro fiscal foram considerados como omissão de receitas pelo simples fato de estarem contabilizadas na mesma conta contábil 31.11.01 de receitas. Vale dizer, o fiscal autuante não excluiu da tributação pelo ICMS as receitas de fretamento municipais e receitas com serviços de turismo, ambas tributadas pelo ISSQN. Alega que não houve exclusão, não se considerando aquelas receitas com incidência de ISSQN.

Reitera que, a título exemplificativo, apresentou com a defesa planilha demonstrativa da composição da receita da filial em janeiro/2007, discriminando fatos geradores do ICMS e do ISS e também cópia da DMS, livro de registro de prestação de serviços; DAM (ISS); livro de Apuração do ICMS e respectivos DAEs; livro contábil representativo da conta contábil 31.22.01, referente às vendas canceladas no período, e que totalizaram R\$ 642.212,82.

Conclui afirmando que o procedimento fiscal invade a competência tributária municipal, além de não consideração documentos legalmente registrados na escritura fiscal e contábil não devendo prosperar a alegação de que na ausência de comprovação de documentação, sendo que o próprio autuante reconhece parcialmente em sua manifestação os equívocos cometidos na autuação.

Por fim concorda parcialmente com as reformas procedidas pela fiscalização, ratifica os termos da impugnação inicial, pedido de diligência e procedência parcial da autuação.

A 4ª JF decidiu converter o processo em diligência (fl. 401) no sentido de que o autuante intimasse a empresa para apresentar livros e documentos fiscais e refazer os demonstrativos referentes às infrações 3 e 4, fazendo a exclusão de valores comprovados de escrituração de notas fiscais e de operações não tributadas pelo ICMS.

O autuante presta a segunda informação fiscal (fls. 407/408) e diz que em relação à infração 3, constatou que a empresa efetuou escrituração de notas fiscais em datas diferentes das que foram emitidas. Refez os demonstrativos originais (fls. 379/380) e não restou qualquer valor exigido.

No tocante à infração 4, com a apresentação por parte do contribuinte das notas fiscais canceladas e de prestação de serviços sujeitos à incidência do ISS, efetuou as devidas correções o que resultou em diferença devida de R\$15.861,46 conforme demonstrativo à fl. 411.

Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência, a empresa manifestou-se às fls. 417/420. Ressalta que foram confirmados os argumentos relativo à infração 3 e quanto à infração

4 afirma que com relação ao exercício de 2007 não foram verificadas pela fiscalização as receitas sujeitas ao ISS retido devido aos municípios de Camaçari e Mata de São João.

Salienta que a autuação foi feita com base em arbitramento sem separar as receitas submetidas ao ICMS e ISS, tendo sido exigido o imposto pela diferença de valores contábil e fiscal.

Requer que sejam refeitos os demonstrativos considerando as receitas de prestação de serviços de acordo com as NFST (ISS) que ora junta ao processo. Ratifica os termos da impugnação, concorda em parte com o resultado da diligência e requer julgada procedente sua defesa.

O autuante presta a terceira informação fiscal (fls. 443/444) e com relação à infração 4 informa que instado a apresentar livros de ISS e notas fiscais o contribuinte exibiu apenas a documentação fiscal das filiais de Salvador, Ilhéus e Porto Seguro afirmando que apenas estas prestavam serviços sujeitos à incidência do ISS e foi objeto das exclusões (fls. 411/412).

Com relação aos documentos apresentados afirma que se trata de serviços sujeitos ao ICMS e não ao ISS, conforme consta descrição de faturamento de transporte com carimbo indicando “Substituição Tributária – RICMS-BA, Art. 382, §1º, 1”.

Ressalta que tal dispositivo legal regra a substituição tributária do ICMS e não ampara retenção de tomada de serviços de não contribuintes deste imposto. Também que não houve destaque do ISS nos documentos fiscais. Esclarece que o somatório dos valores relativos aos serviços prestados de acordo com a documentação apresentada coincide com a diferença apurada na diligência totalizando R\$276.558,40 enquanto a diferença de valores na escrita fiscal e contábil é de R\$317.229,19 (fl. 411). Mantém o resultado apresentado às fls. 407/413.

VOTO

Indefiro o pedido de perícia requisitado nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/BA, tendo em vista que os elementos contidos no processo são suficientes para a formação da minha convicção, além de que foi realizada diligência fiscal na qual foram considerados os documentos apresentados na defesa.

O Auto de Infração exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal, recolhimento a menos por erro na apuração e documentos não escriturados em livros fiscais.

Com relação à infração 1, o autuado alegou que não foi considerado o crédito presumido relativo a prestação de serviço de transporte de encomenda, o que foi acolhido pelo autuante.

Constato que conforme demonstrativo juntado com a defesa à fl. 247 e cópia do livro RAICMS, a empresa utilizou crédito presumido relativo à prestação de serviço de encomenda.

Conforme ressaltado pelo impugnante, mesmo tendo optado pelo regime de apuração do imposto em função da Receita Bruta previsto no art. 505-A do RICMS/BA, o inciso VII excetua as prestações de serviços sujeitas ao regime de substituição tributária e o inciso VIII veda a utilização de créditos fiscais vinculados às prestações objeto do regime de Receita Bruta. Logo, é legal a utilização do crédito fiscal presumido relativo à receita de transporte de encomenda, conforme previsto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 106/96.

Pelo exposto, acato o demonstrativo apresentado pelo autuado (fl. 247) e julgo improcedente esta infração. Infração não caracterizada.

Quanto à infração 2, na defesa apresentada o autuado alegou que a fiscalização não considerou:

- c) crédito presumido de 20% relativo à receita de encomendas, conforme Convênio ICMS 106/96;
- d) compensação do ICMS recolhido antecipado-notas fiscais/serviço de transporte (04/08 a 12/09).

Com relação à primeira alegação o autuante esclareceu que o autuado optou pela tributação em função da receita bruta (5% x receitas de transporte de pessoas), porém debitou à alíquota de 17%

aquelas receitas e em seguida escriturou “estorno de débito”, correspondente a 12% (17% - 5%) no LAICMS. Apresentou demonstrativo refeito à fl. 375 no qual apontou saldos devedores e credores.

O autuado manifestou-se acerca da informação fiscal e requereu que fossem feitas as compensações.

Quanto ao período de janeiro a dezembro/07, conforme esclarecido pelo autuante, embora o autuado não tenha procedido como determina a legislação, aplicando o percentual de 5% sobre o montante mensal das receitas da prestação de serviço de transporte de passageiros, o procedimento adotado, aplicando alíquota de 17% e promovendo estorno de débito de 12% resulta em carga tributária efetiva de 5% prevista para o regime de Receita Bruta.

Quanto ao pedido do autuado para compensar valores recolhidos a mais em alguns meses, não pode ser acatado, tendo em vista que não pode ser feito nesta fase processual. Entretanto, pode ser objeto de restituição mediante petição à autoridade fazendária competente nos termos dos artigos 73/74 do RPAF/BA.

Pelo exposto acato o demonstrativo do autuante (fl. 375) e devido R\$429,09 no exercício de 2007.

Mês	Frete Cargas (Base Cál.)	Déb. ICMS (12%, 17%)	Créd. Presum. (20%)	ICMS Apur. (Anexo I)	ICMS Devido (Apur.-Pres.)	Recolhido (Normal)	Diferença Apurada
01/07	45.890,96	6.382,30	1.276,46	413.835,77	412.559,31	412.450,92	108,39
10/07	136.264,37	18.206,29	3.641,26	307.460,13	303.818,88	303.810,71	8,17
11/07	112.299,17	14.930,46	2.296,09	299.711,38	296.725,29	296.696,93	28,36
12/07	67.487,25	9.472,02	1.610,24	421.087,33	419.477,09	419.192,92	284,17

Com relação ao período de 4/2008 a 12/2009, o autuado acostou quadro demonstrativo à fl. 219, relacionando as notas fiscais 260, 261, 351, 375, 365, 367, 368, 369, 391, 398, 399, 1317, 1554 e 1555 indicando que os serviços foram prestados em um mês, mas as referidas notas fiscais foram emitidas no mês seguinte. Afirmou que “o recolhimento a maior se deu pelo fato de as notas fiscais emitidas com destaque do ICMS terem sido canceladas, gerando, pois, o pagamento indevido do imposto, posteriormente compensado em operações futuras”. O autuante contestou que não há prova das alegações e nem previsão legal.

Pela análise do demonstrativo à fl. 219, constato que o mesmo não é capaz de elidir a acusação. Tomando como exemplo o mês de junho/08, o autuante no demonstrativo à fl. 23 relacionou as operações por CFOP e apurou valor devido de R\$373.423,73 tendo sido recolhido R\$371.752,38 o que resultou em diferença exigida de R\$1.671,38. A empresa apresentou no quadro demonstrativo à fl. 219, valor apurado de R\$304.927,69 no mês de maio e que foi recolhido R\$309.113,24 implicando em pagamento a mais de R\$4.185,55 valor que alega ter sido compensado em operações futuras. Não foi exigido qualquer valor relativo a este mês. O mesmo procedimento ocorre em outros meses, como alegado.

Pelo exposto, não foi comprovado o pagamento do imposto apurado e recolhido a menos conforme consta nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, ficando caracterizada a infração e devido o valor de R\$14.109,74 (itens 13 a 21 do demonstrativo de débito à fl. 4).

Com relação aos pagamentos efetuados a mais do que o devido, como apreciado na infração anterior, não pode ser objeto de compensação, sendo cabível o pedido de restituição do indébito na forma prevista na legislação (art. 112, § 4º do RICMS/BA, art. 73/79 do RPAF/BA).

Infração elidida em parte com valor devido de R\$14.538,83 (R\$429,09 + R\$14.109,74).

Com relação à infração 3, na defesa o autuado alegou que na escrituração foram englobadas diversas notas fiscal por linha do livro (fls. 222/224) o que foi acatado em parte pelo autuante na primeira informação fiscal (fls. 379/380) reduzindo o débito de R\$6.325,75 para R\$5.173,50 o que foi contestado pelo autuado.

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF (fl. 401) o autuante após verificar os livros e documentos fiscais apresentados pela empresa reconheceu a improcedência da infração.

Pela análise dos elementos contidos no processo, conforme consta no relatório, efetivamente a

empresa indicou na escrituração o número de uma nota fiscal ao invés de um conjunto, mas os demonstrativos juntados com a defesa comprovam que os valores das operações do conjunto de notas fiscais foram oferecidos à tributação. Também, as notas fiscais remanescentes mantidas após a primeira informação fiscal foram efetivamente escrituradas, a exemplo da nota fiscal 5313 com valor de R\$850,00 indicada no demonstrativo do autuante à fl. 379, a qual foi corretamente registrada na fl. 26 do livro RSM (fl. 356) conforme planilha da empresa juntada à fl. 293. Infração elidida na sua totalidade.

Quanto à infração 4 que acusa diferença entre os valores registrados na escrita contábil e fiscal da filial Itabuna, na conta 31.11.01-Passageiros (exercício de 2007), o autuado alegou que o imposto foi apurado mediante arbitramento, sem separar as receitas tributadas pelo ICMS e ISS. Também não levou em conta o estorno de passagens canceladas, registradas na conta 31.22.01.

Apresentou demonstrativo resumo à fl. 357 no qual indicou os valores das receitas tributadas pelo ICMS e ISS e das vendas canceladas (fl. 365) tendo juntado DMS, DAM e DAEs (fls. 358/371).

O autuante contestou dizendo que as receitas submetidas ao ISS foram consideradas no Anexo V (fls. 37/40) e diante da ausência das notas fiscais e livros, manteve a exigência fiscal.

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF (fl. 401), diante dos livros e documentos fiscais apresentados o autuante reconheceu a veracidade das notas fiscais canceladas e de prestação de serviços tributados pelo ISS, reduzindo o débito para R\$15.861,46 (fls. 411/413).

Na manifestação acerca da diligência o autuado contestou alegando que nos ajustes efetuados não foram consideradas as prestações de serviços submetidas ao ISS nos municípios de Camaçari e Mata de São João conforme cópia das notas fiscais acostadas às fls. 421/435.

O autuante contestou (fl. 443) dizendo que na realização da diligência foram apresentados documentos fiscais relativos às filiais de Salvador, Ilhéus e Porto Seguro os quais foram considerados nos ajustes procedidos. Também que as notas fiscais indicam ST prevista no art. 382 do RICMS e não pode dar suporte à retenção de ISS, bem como há divergência entre a diferença apontada e os valores constantes da documentação fiscal apresentada.

Pela análise dos elementos contidos no processo, faço as seguintes constatações:

- 1) Conforme ressaltado pelo autuado, a fiscalização confrontou o valor das receitas de prestação de serviços de transportes contabilizadas na Conta 31.11.01 (Razão) com base de cálculo oferecida à tributação indicada no livro RAICMS e exigiu ICMS sobre a diferença constatada. Logo, ao contrário do que foi afirmado pelo defendente, o registro das receitas escrituradas na contabilidade tem prevalência de veracidade em relação à que foi registrada na escrita fiscal e uma vez constatada diferença entre os valores registrados na escrita contábil e fiscal é passível de exigência de imposto;
- 2) Na situação presente, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 37/41, tomando como exemplo o mês de janeiro/07 (fl. 37) foi apurado valor contábil de R\$9.419.705,07 e fiscal de R\$8.452.657,25 e foi exigido ICMS sobre a base de cálculo da diferença apurada de R\$967.047,82 e ICMS devido de R\$48.352,39.
- 3) Após a realização da diligência fiscal, o autuante refez o demonstrativo original (fls. 37 e 411) fazendo a inclusão das receitas sujeitas ao ISS das filiais de Salvador, Ilhéus e Porto Seguro (fl. 412) o que, a exemplo do mês de janeiro/07, resultou em diferença de base de cálculo de R\$11.400,00 e ICMS devido de R\$570,00.

Constato que este valor remanescente é o constante da nota fiscal de prestação de serviços de nº 63 emitida em 01/01/07 pela filial de Camaçari (Inscr. Municipal 13.548/001-1 – CNPJ 27.486.182/0007-02) cuja cópia foi juntada à fl. 421. O valor da operação encontra-se registrado no livro Razão à fl. 169 que engloba o total da receita escriturada de R\$9.419.705,07.

Da mesma forma, os valores das omissões indicados pelo autuante nos demais meses (fevereiro a dezembro/07 - fl. 411) correspondem aos valores consignados nas notas fiscais de prestação de

serviços de números 64, 65, 68, 70 a 76 emitidas pela filial de Camaçari e de números 02, 03, 101 e 102 emitidas pela filial de Mata de São João (Insc. Mun. 54.244-1 e CNPJ 27.486.182/0003-70) juntadas às fls. 422/435.

Pelo exposto, constato que os valores das omissões de receitas indicadas no demonstrativo refeito pelo autuante (fl. 411) referem-se a prestações de serviços sujeitos à incidência de ISS realizados pelas filiais de Camaçari e Mata de São João que não foram consideradas pela fiscalização. Dessa forma, improcede a exigência fiscal relativa a estas prestações de serviços.

Quanto ao argumento do autuante de que nas notas fiscais foi indicado o art. 382 do RICMS/BA que trata de substituição tributária do ICMS, constato que a observação é verdadeira em parte. Por exemplo, nas notas fiscais de números 63, 76, 02, 03, 101 (fls. 421/435) não consta esta observação, em todas foi apurado e destacado o ISS, sendo que em algumas delas consta como descrição dos serviços “transporte interno durante o mês de ...” o que se infere tratar de prestação de transporte no âmbito do município e sujeito à incidência do ISS.

O fato de ter sido aposto o carimbo com a indicação de Substituição Tributária (art. 382) nas notas fiscais de prestação de serviços não configura fato gerador do ICMS tendo em vista que não ficou provado que os serviços prestados foram em operações intermunicipais e interestaduais. Além disso, os valores correspondentes consignados nas notas fiscais foram lançados no livro Razão e no demonstrativo refeito, não deduzidos da base de cálculo das receitas totais escrituradas no livro Razão referente às receitas de prestação de serviços das filiais dos municípios de Camaçari e Mata de São João.

Por fim, com relação ao argumento defensivo de que os documentos fiscais juntados ao processo não comprovam o total das receitas omitidas remanescentes indicado no demonstrativo à fl. 411, constato que pelo confronto do citado demonstrativo com os documentos juntados com a manifestação do autuado acerca da diligência fiscal (fls. 417/435) não há comprovação total dos valores apontados. Considerando que já foi feita diligência na qual foram apresentados documentos de comprovações e juntado documentos que comprovam apenas parte dos valores remanescentes, tomo como base o último demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 411) e deduzo os valores das notas fiscais de prestação de serviços juntadas com a manifestação (fls. 421/435) o que resulta em diferença devida de R\$7.078,85 conforme resumo abaixo. Infração procedente em parte.

Data Ocorr	Data Vencto	Omissão Rec.	Fl.	NFs	Valor das NF	Fls.	Diferença	Aliq .	Dif./Devida
31/01/07	09/02/07	11.400,00	411	63	11.400,00	421	-	17	0,00
28/02/07	09/03/07	12.540,00	411	64	12.540,00	422	-	17	0,00
31/03/07	09/04/07	9.690,00	411	65	9.690,00	423	-	17	0,00
30/04/07	09/05/07	13.167,00	411				13.167,00	17	2.238,39
31/05/07	09/06/07	10.888,10	411	68	11.588,10	424	- 700,00	17	0,00
30/06/07	09/07/07	14.117,98	411	70	13.417,80	425	700,18	17	119,03
31/07/07	09/08/07	16.820,23	411	71	12.807,90	426	4.012,33	17	682,10
31/08/07	09/09/07	12.807,90	411	72	12.807,90	427	-	17	0,00
30/09/07	09/10/07	73.630,49	411	73-02	52.690,70	428	20.939,79	17	3.559,76
31/10/07	09/11/07	45.038,10	411	74-03	45.038,10	430	-	17	0,00
30/11/07	09/12/07	16.238,79	411	75	13.417,80	432	2.820,99	17	479,57
31/12/07	09/01/08	80.890,10	411	76-101/02	80.890,10	426	-	17	0,00
Total									7.078,85

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110427.0009/10-2, lavrado

contra **VIAÇÃO ÁGUIA BRANCA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.617,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.538,83 e de 70% sobre R\$7.078,85, previstas no art. 42, II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR