

**PROCESSO** - A. I. Nº 110427.0009/10-2  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VIAÇÃO ÁGUIA BRANCA S/A.  
**RECORRIDOS** - VIAÇÃO ÁGUIA BRANCA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0078-04/12  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 03.06.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0198-13/13

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.** Comprovada a legitimidade do crédito, relativo a crédito presumido de prestação de serviço de transporte de encomenda e não de transporte de passageiros, submetido à apuração do imposto em função da Receita Bruta. Item insubsistente. Mantida a Decisão. **2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. REGIME DE RECEITA BRUTA.** Comprovada em parte a exigência, após revisão fiscal e consideração das provas de defesa. Mantida a Decisão. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE SAÍDA.** Comprovados os devidos registros no livro fiscal. Item insubsistente. Mantida a Decisão; **b) DIFERENÇA ENTRE OS VALORES REGISTRADOS NA ESCRITA CONTÁBIL E ESCRITA FISCAL.** Item subsistente em parte, após expurgo dos valores de receitas referentes a operações de prestação de serviços de transporte de passageiros no âmbito dos municípios, sujeitos à incidência do ISS. Cabível o percentual de 5% sobre a receita tributável de prestação de serviço de transporte de passageiros, em razão da opção pela apuração do imposto em função da Receita Bruta. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO.** Recurso Voluntário **PROVIDO.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0078-04/12 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$ 478.237,10, em razão de quatro infrações:

INFRAÇÃO 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, no valor de R\$ 324,15, em janeiro de 2008, em razão da sua condição de optante do regime de apuração e recolhimento do imposto em função do regime de receita bruta (art. 505-A do RICMS/BA).

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 32.521,96, nos exercícios de 2007 a 2009, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nas prestações de serviços de transporte rodoviário, na condição de optante pelo regime de apuração e recolhimento do imposto em função da receita bruta.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS, no valor de R\$ 6.325,75, nos exercícios de 2007 e 2009, referente à prestação do serviço de transporte não escriturado nos livros fiscais próprios, inerente a diversas notas fiscais de prestação de serviços de transportes tributáveis, não registradas na escrita fiscal do estabelecimento, conforme o Anexo 4.

INFRAÇÃO 4 – Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS, no valor de R\$ 439.065,24, no exercício de 2007, referente à prestação do serviço de transporte não escriturado nos livros fiscais próprios, inerente a diferenças apuradas entre os valores registrados na escrita contábil da empresa – Filial de Itabuna, na conta 31.11.01 – Passageiros, e os lançados na escrita fiscal, caracterizando falta de escrituração de receitas de prestação de serviços, conforme o Anexo V.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 21.617,68, por entender que, com relação à infração 1, 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 transporte de encomenda, cujo valor não foi considerado no levantamento fiscal. Assim, consoante ressaltado pelo contribuinte e acolhido pelo autuante, quando da sua informação fiscal, 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, concluiu a JJF, que 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. Assim, acata o aludido demonstrativo e julga improcedente a infração 1.

Quanto à infração 2, a JJF aduz que o autuado alegou que 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).

Inerente ao período de janeiro a dezembro/07, a JJF salienta que, conforme esclarecido pelo autuante, embora o contribuinte não tenha procedido como determina a legislação, ou seja, aplicando o percentual de 5% sobre o montante mensal das receitas da prestação de serviço de transporte de passageiros, adotando o procedimento de aplicar alíquota de 17% e estornar o 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, a Decisão é de 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.

Assim, acata o demonstrativo do autuante, à fl. 375 dos autos, no valor de ICMS de R\$ 429,09, referente ao exercício de 2007.

Com relação ao período de 4/2008 a 12/2009, aduz a JJF que 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.

No tocante 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).

Assim a JJF concluiu que a infração 2 foi elidida em parte, com valor devido de R\$ 14.538,83.

No que diz respeito à infração 3, na defesa o autuado alegou que na escrituração foram englobadas diversas notas fiscais 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. Contudo, 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. A Decisão é de que a infração 3 foi elidida.

Referente 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.

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. Contudo, 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.

A JJF constatou 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, cuja cópia foi juntada à fl. 421. Da mesma forma, os valores das omissões indicados pelo autuante nos demais meses (fev. a dez./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 2, 3, 101 e 102 emitidas pela filial de Mata de São João, juntadas às fls. 422/435. Assim, conclui 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, sendo indevida a exigência relativa a estas prestações de serviços.

Com relação ao argumento de que os documentos fiscais juntados ao processo não comprovam o total das receitas omitidas remanescentes indicado no demonstrativo à fl. 411, a JJF constatou 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. Assim, considerando que já foi feita diligência na qual foram apresentados documentos de comprovações e juntado documentos que comprovam apenas parte dos valores remanescentes, a JJF tomou como base o último demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 411) e deduziu os valores das notas fiscais de prestação de serviços juntadas com a manifestação (fls. 421/435), o que resultou na diferença devida de R\$ 7.078,85, concluindo pela procedência parcial da infração 4.

Por fim, a JJF julga o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 21.617,67, e recorre de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 468 a 472 dos autos, o recorrente aduz que, concernente à parcela ínfima que foi mantida a infração 4, cumpre salientar que houve um equívoco com relação à alíquota de ICMS aplicada quando da apuração do valor remanescente do débito e é justamente com relação a esse ponto que se insurge, requerendo seja dado provimento ao seu pleito.

Destaca que, de acordo com o art. 505-A do RICMS/97, vigente à época dos fatos, as empresas prestadoras de serviço de transporte intermunicipal de passageiros poderiam optar pelo regime de apuração do ICMS devido calculado com base na sua receita bruta, a uma alíquota de 5%, conforme optou o recorrente e foi calculado os valores originalmente exigidos na infração 4.

Assim, tendo em vista as provas trazidas aos autos, bem como o resultado da diligência fiscal, foi afastada quase que a integralidade do valor inicialmente apurado. Contudo, quando do cálculo do valor remanescente, a 4ª JJF apurou o ICMS devido pelo recorrente aplicando a alíquota de 17% sobre a receita bruta, conforme consta da planilha ínsita na Decisão recorrida, no valor de R\$ 7.078,85, o que não condiz com o previsto no art. 505-A, V, do RICMS/97. Logo, é patente a ilegalidade cometida pela 4ª JJF na apuração do saldo remanescente do ICMS imposto à recorrente, sendo a reforma da Decisão recorrida medida que se impõe, a fim de que seja aplicada à espécie a alíquota de ICMS legalmente prevista. Pede o provimento do Recurso Voluntário.

Às fls. 494 e 495 dos autos, a PGE/PROFIS, através da Procuradora Dr<sup>a</sup>. Maria José Coelho Sento-Sé, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por considerar que a infração está devidamente tipificada e comprovada mediante diligência fiscal, na qual valorou os documentos

que comprovam parte dos valores remanescentes, e a JJF realizou, de modo acertado, a dedução dos valores das notas fiscais de prestação de serviço colacionadas pelo sujeito passivo, às fls. 421 a 435 dos autos.

Salienta que a arguição de ilegalidade da cobrança remanescente em razão da alíquota aplicada é totalmente descabida, visto que o art. 505-A, V, do RICMS/97, determina com clareza solar que, no cálculo do imposto relativo às prestações de serviços de transporte intermunicipal e interestadual, de pessoas, o prestador de serviços de transporte poderá optar pelo regime de apuração em função da receita bruta, observando que o imposto será pago mensalmente e calculado aplicando-se o percentual de 5% sobre o valor da receita bruta mensal.

Assim sendo, resta claro que a previsão do aludido artigo é no sentido de que o contribuinte optante pelo regime de tributação em função da receita bruta, deverá aplicar o percentual de 5% sobre o valor da receita bruta mensal de transporte de pessoas. Não resta dúvida que o dispositivo não determina a utilização de alíquota de 5%, razão pela qual não merece reparo a Decisão da JJF.

Diante de tais considerações, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo relativo à parte dos débitos originalmente exigidos nas infrações, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, no tocante à infração 4 do Auto de Infração.

Da análise do Recurso de Ofício verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram revisados e reformados pelo autuante, quando da sua informação fiscal, da diligência (fls. 401/413) ou pela própria Decisão recorrida, em razão das provas documentais trazidas aos autos pelo sujeito passivo. Assim, decorrente do acolhimento das razões de defesa apresentadas restou comprovada: a insubsistência da infração 1, inclusive reconhecida pelo próprio autuante; a subsistência parcial, no valor de R\$ 14.538,83, da infração 2, após acolhimento das alegações de defesa pelo autuante, o que foi acolhido pela JJF; a insubsistência da infração 3, conforme apurado pelo autuante, quando da diligência de fls. 407/408 dos autos, e, por fim, a subsistência parcial da infração 4, no valor de R\$ 7.078,85, em razão do órgão julgador, a partir do valor remanescente apurado pelo autuante de R\$ 15.861,46, quando da diligência de fls. 407/408 dos autos, ter deduzido os valores das notas fiscais de prestação de serviços apensadas pelo contribuinte, às fls. 421 a 435. Assim, corroboro a Decisão recorrida e concluo pelo não provimento do Recurso de Ofício.

Com relação ao Recurso Voluntário, vislumbro que cabe razão ao recorrente quanto ao seu pleito de que para apuração do ICMS devido seja atribuída às receitas de prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de pessoas, não escrituradas nos livros fiscais, objeto da infração 4, com bases de cálculo remanescentes apuradas de: R\$ 13.167,00, para o mês de abril/07; R\$ 700,18, mês de junho/07; R\$ 4.012,33, mês de julho/07; R\$ 20.939,79, mês de setembro/07, e R\$ 2.820,99, para o mês de novembro/07, o percentual de 5%, nos termos previstos no art. 505-A do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época, por se tratar de contribuinte optante do Regime de Apuração do ICMS calculado pela Receita Bruta, consoante restou demonstrado quando do lançamento do crédito tributário, às fls. 37 a 41, e quando da diligência, às fls. 411/413 dos autos.

É válido salientar que o próprio autuante afirma a condição do contribuinte de optante pelo regime de apuração e recolhimento do imposto em função da receita bruta, nos termos do referido dispositivo legal, conforme consta da acusação fiscal relativa à primeira infração.

Também restou registrado na Decisão recorrida tal opção quando foi consignado no voto que:

*“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 a alíquota de*

*17% e promovendo o estorno de 12% resulta em carga tributária efetiva de 5% prevista para o regime de Receita Bruta.”.*

Logo, restou comprovado o equívoco da JJF ao considerar a alíquota de 17% para apuração do valor remanescente, relativo à infração 4, sendo correto o percentual de 5%, conforme a seguir:

Data Ocorr	Data Vencto	Omissão Rec.	Fl.	NFs	Vlr das NF	Fls.	Diferença	Aliq.	Dif./Devida
31/01/07	09/02/07	11.400,00	411	63	11.400,00	421	-	5%	0,00
28/02/07	09/03/07	12.540,00	411	64	12.540,00	422	-	5%	0,00
31/03/07	09/04/07	9.690,00	411	65	9.690,00	423	-	5%	0,00
30/04/07	09/05/07	13.167,00	411				13.167,00	5%	658,35
31/05/07	09/06/07	10.888,10	411	68	11.588,10	424	700,00	5%	0,00
30/06/07	09/07/07	14.117,98	411	70	13.417,80	425	700,18	5%	35,01
31/07/07	09/08/07	16.820,23	411	71	12.807,90	426	4.012,33	5%	200,62
31/08/07	09/09/07	12.807,90	411	72	12.807,90	427	-	5%	0,00
30/09/07	09/10/07	73.630,49	411	73-02	52.690,70	428	20.939,79	5%	1.046,99
31/10/07	09/11/07	45.038,10	411	74-03	45.038,10	430	-	5%	0,00
30/11/07	09/12/07	16.238,79	411	75	13.417,80	432	2.820,99	5%	141,05
31/12/07	09/01/08	80.890,10	411	76-101/02	80.890,10	426	-	5%	0,00
Total									2.082,02

Assim, a infração 4 subsiste em parte, no valor de R\$ 2.082,02, sendo provido o Recurso Voluntário.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração Procedente em Parte no valor de R\$ 16.620,85, sendo as infrações 1 e 3, insubsistentes, e as infrações 2 e 4, subsistentes em parte, nos valores respectivos de R\$ 14.538,83 e R\$ 2.082,02.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0009/10-2**, lavrado contra **VIAÇÃO ÁGUIA BRANCA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.620,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.538,83 e 70% sobre R\$2.082,02, previstas no art. 42, incisos II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS