

A. I. Nº - 269189.3009/12-4
AUTUADO - ASA AGRÍCOLA SANTO ANTONIO S/A.
AUTUANTE - JOÃO JOSE DE SANTANA
ORIGEM - INFAC BARREIRAS
INTERNET - 23.04.2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0026-06/14

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Caracterizada a condição de sujeito passivo por substituição do autuado, bem como o descumprimento da aludida obrigação tributária. As ocorrências que o sujeito passivo comprova a apuração e pagamento do ICMS sobre o serviço de transporte tomado elidem os itens da autuação, exceto em relação às ocorrências em que apura o imposto devido, porém não efetua pagamento e sim, lança no livro fiscal próprio (conta gráfica), para compensar com crédito de ICMS relacionados a outros fatos geradores, por não haver previsibilidade na legislação. Infração subsistente parcialmente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DO DOCUMENTO FISCAL COMPETENTE. Sujeito passivo não apresenta documentos comprobatórios que autorize ao uso do crédito fiscal lançado, exceto em relação aos originários do CIAP. Os créditos utilizados de forma extemporânea necessitam de anuênciam repartição fiscal a que está vinculada, o que não se vê nos autos. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2012, foi lavrado para constituir crédito tributário no valor de R\$250.908,58, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Lançado ICMS no valor de R\$208.967,00, mais multa de 150% nos meses de janeiro a dezembro de 2009 e março e abril de 2010, conforme demonstrativo acostado às fls. 03 a 15 dos autos.

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito. Lançado ICMS no valor de R\$41.941,58, mais multa de 60% nos meses de agosto e setembro de 2011.

O contribuinte autuado, à fls. 27 a 36 dos autos, com documentos anexos, apresenta defesa administrativa, que, após a descrição sobre alguns destaques de tempestividade da defesa, bem assim caracterização dos itens da atuação, apresenta as suas razões de defesa, que a seguir passo a descrever:

No tocante à infração 1, diz verificar que os valores exigidos pelo ilustre auditor fiscal, referentes ao exercício de 2009, foram devidamente recolhidos. Porém, houve erro no preenchimento do campo “Código de Receita” dos respectivos DAE (anexo 01). Salienta que erros meramente

formais não podem se constituir em fato gerador do imposto. Através do Quadro 01, demonstra os recolhimentos efetuados:

Cód. da Receita	Referência	Dt. Vencimento	Valor Pago	Banco
0775	01/2009	09/02/2009	10.896,00	BNB
0775	02/2009	09/03/2009	15.108,00	BNB
0775	03/2009	10/04/2009	25.656,00	BNB
0775	04/2009	11/05/2009	27.338,00	BNB
0775	05/2009	09/06/2009	30.709,00	BNB
0775	06/2009	09/07/2009	24.970,00	BNB
0775	07/2009	10/08/2009	20.496,00	BNB
0775	09/2009	09/10/2009	888,00	BNB
0775	10/2009	09/11/2009	192,00	BNB
0775	12/2009	08/01/2010	9.960,00	BRADESCO

Complementa em relação aos valores referentes aos meses de março/2010 (R\$29.664,00) e abril/2010 (R\$13.968,00) exigidos na autuação, informando que os mesmos foram levados a débito na conta gráfica fiscal da autuada, conforme demonstrado em seu registro de apuração de ICMS (anexos 02 e 03) e apresentado em sua Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA (anexos 02 e 03). Logo, diz que nenhum prejuízo foi causado ao erário.

Destaca, assim, que neste caso há excesso de exação fiscal do autuante, ocasionando dura penalidade à autuada e favorecimento ao Estado. Discorre que, tendo os valores sido levados a débito na apuração do ICMS da autuada, a cobrança que ora se ataca tornar-se-ia por demais injusta, uma vez que a penalizaria duplamente. Primeiro pelo débito já registrado em sua apuração e segundo pela cobrança imposta no auto de infração objeto da lide. Destaca alguns aspectos do art. 116 do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que trata da liquidação das obrigações por compensação.

Adiante diz apresentar os valores apurados pelo Fiscal Autuante em todos os períodos citados no Auto de Infração em relação à infração 1, justificando-se, quando cabível, os valores conflitantes com o que consta do auto de infração ora atacado, em que pese alguns equívocos no levantamento fiscal:

Data Ocorrência: 31/01/2009 – No demonstrativo cobra-se o valor histórico de R\$10.860,00 porém diz que apurou e recolheu o valor de R\$10.896,00. A diferença corresponde: a) às notas/série nºs 2.120/2, 2.21/2 e 2.122/2, cujo valor referente ao ICMS sobre o serviço de transporte foi de R\$72,00 para cada uma delas, totalizando R\$216,00, porém, estas não foram consideradas no levantamento do auditor fiscal; b) Nota Fiscal nº 29.928 correspondente a uma operação de entrada referente à Nota Fiscal nº 29.925, recusada pelo destinatário, considerada indevidamente no demonstrativo do auditor fiscal; c) Nota Fiscal nº 29.994 referente à anulação da Nota Fiscal nº 29.990 cujas mercadorias não circularam. Por esta razão o valor de R\$72,00 foi subtraído na apuração da autuada, porém, indevidamente considerada na apuração do auditor fiscal. Do exposto, Diz extrair o seguinte demonstrativo para a competência 01/2009:

10.860,00	Valor apurado pelo auditor fiscal
216,00	NF's nºs 2.120/2.121/2.122/2 série 2 não consideradas pelo auditor fiscal
-36,00	NF nº 29.928 (de entrada) somada pelo autuante ref. recusa da NF nº 2.9925
-72,00	NF nº 29.994 (de entrada) somada pelo autuante ref. anulação da NF nº 29.990
-72,00	NF nº 29.994 diminuída na apuração da autuada por ser uma anulação
10.896,00	Valor apurado e recolhido pela autuada

Data Ocorrência: 28/02/2009 – No demonstrativo cobra-se o valor histórico de R\$14.340,00 porém a autuada apurou e recolheu o valor de R\$15.108,00. A diferença corresponde às Notas Fiscais/série nºs 2.067/2, 2.076/2, 2.081/2 e 2.150/2 cujo valor referente ao ICMS sobre o serviço de transporte foi de R\$192,00 para cada uma delas, totalizando R\$768,00 e não consideradas no levantamento do auditor fiscal. Do exposto, extrai-se o seguinte demonstrativo para a competência 02/2009:

14.340,00	Valor apurado pelo auditor fiscal
768,00	NF's nºs 2.067/2.076/2.081/2.150 (série 2) não consideradas pelo auditor fiscal
15.108,00	Valor apurado e recolhido pela autuada

Data Ocorrência: 31/03/2009 – No demonstrativo cobra-se o valor histórico de R\$24.888,00 porém a autuada apurou e recolheu o valor de R\$25.656,00. A diferença corresponde: a) às Notas Fiscais/série nºs 2.086/2, 2.091/2, 2.092/2 e 2.094/2 cujo valor referente ao ICMS sobre o serviço de transporte foi de R\$192,00 para cada uma delas, totalizando R\$768,00 não consideradas no levantamento do auditor fiscal. Do exposto, extrai-se o seguinte demonstrativo para a competência 03/2009:

24.888,00	Valor apurado pelo auditor fiscal
768,00	NF's nºs 2.086/2.091/2.092/2.094 (série 2) não consideradas pelo auditor fiscal
25.656,00	Valor apurado e recolhido pela autuada

Data Ocorrência: 30/04/2009 – No demonstrativo cobra-se o valor histórico de R\$26.474,00 porém a autuada apurou e recolheu o valor de R\$27.338,00. A diferença corresponde: a) Nota Fiscal nº 30.615/1 cujo valor do ICMS sobre o serviço de transporte foi de R\$96,00, e b) às Notas Fiscais/série nºs 2.096/2, 2.151/2, 2.154/2 e 2.155/2 cujo valor referente ao ICMS sobre o serviço de transporte foi de R\$192,00 para cada uma delas, totalizando R\$768,00 e não consideradas no levantamento do auditor fiscal. Do exposto, extrai-se o seguinte demonstrativo para a competência 04/2009:

26.474,00	Valor apurado pelo auditor fiscal
96,00	NF nº 30.615 (série 1) não considerada pelo auditor fiscal
768,00	NF's nºs 2.096/2.151/2.154/2.155 (série 2) não consideradas pelo auditor fiscal
27.338,00	Valor apurado e recolhido pela autuada

Data Ocorrência: 31/05/2009 – No demonstrativo cobra-se o valor histórico de R\$30.517,00 porém a autuada apurou e recolheu o valor de R\$30.709,00. A diferença corresponde à Nota Fiscal nº 30.959/1 cujo valor do ICMS sobre o serviço de transporte foi de R\$192,00 e não considerada no levantamento do auditor fiscal. Do exposto, extrai-se o seguinte demonstrativo para a competência 05/2009:

30.517,00	Valor apurado pelo auditor fiscal
192,00	NF nº 30959/1 não considerada pelo auditor fiscal
30.709,00	Valor apurado e recolhido pela autuada

Data Ocorrência: 30/06/2009 – No demonstrativo cobra-se o valor histórico de R\$25.114,00 porém a autuada apurou e recolheu o valor de R\$24.970,00. A diferença refere-se às Notas Fiscais nºs 31.533 e 31.534, correspondentes operações de entrada referentes às Notas Fiscais nºs 31.398 e 31.393, respectivamente, recusadas pelos destinatários, consideradas indevidamente no demonstrativo do auditor fiscal. Do exposto, extrai-se o seguinte demonstrativo para a competência 06/2009:

25.114,00	Valor apurado pelo auditor fiscal
-72,00	NF nº 31.533 (de entrada) somada pelo autuante ref. recusa da NF nº 31.398
-72,00	NF nº 31.534 (de entrada) somada pelo autuante ref. recusa da NF nº 31.393
24.970,00	Valor apurado e recolhido pela autuada

Data Ocorrência: 31/07/2009 – No demonstrativo cobra-se o valor histórico de R\$21.286,00 porém a autuada apurou e recolheu o valor de R\$20.496,00. A diferença refere-se a) erro do autuante no lançamento da Nota Fiscal nº 31.737. O mesmo considerou o valor de R\$742,00 (setecentos e quarenta e dois reais) para o ICMS sobre a operação de transporte, sendo que o correto seria R\$72,00; b) a Nota Fiscal nº 31.687, correspondente a uma operação de entrada referente à Nota Fiscal nº 31.608, recusada pelo destinatário e considerada indevidamente no demonstrativo do auditor fiscal. Do exposto, extrai-se o seguinte demonstrativo para a competência 07/2009:

21.286,00	Valor apurado pelo auditor fiscal
-742,00	Valor incorreto para NF nº 31.737 lançado pelo autuante
72,00	Valor correto para NF nº 31.737
-120,00	NF nº 31.687 (de entrada) somada pelo autuante ref. recusa da NF nº 31.608
20.496,00	Valor apurado e recolhido pela autuada

Data Ocorrência: 30/09/2009 – No demonstrativo cobra-se o valor histórico de R\$1.080,00 porém a autuada apurou e recolheu o valor de R\$888,00. A diferença refere-se à Nota Fiscal nº 32.055, correspondente a uma operação de entrada referente à Nota Fiscal nº 32.055, recusada pelo

destinatário e considerada indevidamente no demonstrativo do auditor fiscal. Do exposto, extrai-se o seguinte demonstrativo para a competência 09/2009:

1.080,00	Valor apurado pelo auditor fiscal
-192,00	NF nº 32.055 (de entrada) somada pelo autuante ref. recusa da Nota Fiscal nº 32.035
888,00	Valor apurado e recolhido pela autuada

Data Ocorrência: 31/10/2009 – Em relação ao valor de R\$192,00 levantado pelo autuante para a competência 10/2009, não há divergência com o valor apurado e recolhido pela autuada. Diz que o autuante apresenta no demonstrativo a cobrança de R\$10.584,00, porém, a autuada apurou e recolheu o valor de R\$9.960,00. A diferença corresponde: *a*) às Notas Fiscais/série nºs 64/1, 85/1, 113/1, 114/1 e 172/1 que foram CANCELADAS e que foram indevidamente consideradas no levantamento do autuante; e *b*) a Nota Fiscal nº 51/1 não foi considerada pelo autuante em seu levantamento. Do exposto, extrai-se o seguinte demonstrativo para a competência 12/2009:

10.584,00	Valor apurado pelo auditor fiscal
-192,00	NF nº 64 - CANCELADA
-192,00	NF nº 85 - CANCELADA
-120,00	NF nº 113 - CANCELADA
-120,00	NF nº 114 - CANCELADA
-120,00	NF nº 172 - CANCELADA
120,00	NF nº 51 não considerada pelo auditor fiscal.
9.960,00	Valor apurado e recolhido pela autuada

Data Ocorrência: 31/03/2010 – Em relação ao valor de R\$29.664,00, levantado pelo autuante para a competência 03/2010, não há divergência com o valor apurado e compensado pela autuada em sua apuração de ICMS (conta gráfica).

Data Ocorrência: 30/04/2010 – Em relação ao valor de R\$13.968,00, levantado pelo autuante para a competência 04/2010, não há divergência com o valor apurado e compensado pela autuada em sua apuração de ICMS (conta gráfica).

Conclui, portanto, dizendo que resta evidenciada a ausência de dolo, fraude ou simulação, comprovando-se os recolhimentos e compensações na liquidação dos débitos cobrados através do auto de infração que ora se ataca, merecendo, pois, ao apelo da equidade, ser julgada improcedente a infração 1.

Concernente à infração 2, diz que não foi possível determinar a sua natureza. Explica: o ilustre auditor fiscal relata que a autuada “utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito”, com enquadramento nos artigos 91, 92 e 124 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Acontece, diz o autuado, que durante o período em que se encontrava sob fiscalização, esclareceu ao auditor fiscal que aqueles valores referiam-se a créditos de ICMS em operações de aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, encaminhando-o através de *email* as fichas do CIAP (anexo 05) de cada um dos bens que deram origem aos referidos créditos, lançados conforme segue:

Mês/Ano	Período dos créditos escriturados no CIAP	R\$ lançado na AICMS	Observação
08/2011	01/2010 a 12/2010	23.001,08	Lançamento extemporâneo
08/2011	01/2011 a 08/2011	17.133,50	Lançamento extemporâneo
09/2011	09/2011	1.807,00	Lançamento no prazo

Observa que a utilização do crédito de ICMS relativo às operações de entrada de bens ou materiais destinados ao ativo imobilizado é permitida, tendo como fulcro o Art. 93, inciso V do Decreto nº 6.284/97, que destaca.

Do exposto, diz que efetuou o lançamento dos créditos com base em documentação hábil e fulcro no art. 93, V, “a” do RICMS/97, não cabendo, portanto, a alegação do autuante de que os mesmos não possuem “documento comprobatório”. Observa que cabe à fiscalização detectar e provar, por meios e elementos precisos, a efetiva ocorrência do ilícito fiscal. Assim, diz que os indícios do autuante não são capazes de ensejar a pretendida exigência tributária.

Lembrar que o lançamento, como atividade vinculada e regrada, deve observar os pressupostos estatuídos no art. 142 do CTN, cuja motivação deve estar amparada em elementos materiais de prova veementes, capazes de demonstrar, com segurança a ilicitude tributária, o que não ocorreu no presente caso. Diante disso, diz que fica desnaturado o lançamento, o que gera a sua nulidade. Destaca o art. 18, IV, “a” do RPAF. Neste contexto, diz que fica evidente e comprovada a nulidade da infração 02, sendo, pois, digna de ser julgada sem efeito.

Sobre a assertiva de caracterizar a multa de natureza confiscatória, diz que, caso mantida a autuação, a multa imposta merece ser reduzida, posto que presentes os requisitos autorizadores, sob pena de configuração de confisco: (i) a autuada é empresa ilibada, cumpridora dos seus deveres fiscais na mais estrita e rigorosa observância da legislação vigente; (ii) evidencia-se a ausência de dolo, fraude ou simulação.

Observa que, muito embora o artigo 136 do Código Tributário Nacional contenha previsão no sentido de que a intenção do agente ou a efetividade do dano sejam irrelevantes para a responsabilidade por infrações, existem posições doutrinárias que consideram necessária a investigação do elemento subjetivo da conduta, para a cominação de penalidades. Cita algumas.

Diz também, que, em posição antológica do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 81.550, ficou reduzida multa de 100% para 20%, por considerar confiscatória a multa de valor igual ao imposto, por mera falta de recolhimento do tributo, sem circunstâncias de sonegação ou de má-fé. Observa, ainda, que o STF na ADI-MC 1075/DF (DJU 24/11/2006, página 59) decidiu no mesmo sentido, de que não é possível multa com efeito nitidamente confiscatório.

Por fim, diz que, para os princípios constitucionais sejam observados, deve ser considerada confiscatória e assim inconstitucional, por conflitar com o artigo 150, IV, da Constituição Federal, toda e qualquer multa que ultrapasse o limite de 30% do tributo. A multa enquanto obrigação tributária é acessória e nessa condição não pode ultrapassar o principal. (STF, RE 81.550 *in* RTJ 74/319). Pelo exposto, roga-se a redução da multa para 20%.

Assim, cumpridas as formalidades legais e sobre tudo o que se consubstancia na presente, considerando, em síntese: (i) a comprovação dos recolhimentos e compensações do imposto cobrado na infração 01; (2) a falta de comprovação material do ilícito fiscal constante do auto de infração em relação à infração 02; (3) a comprovada condição de ilegitimidade da infração 02, através da qual o autuante quer cobrar tributos sem o fato gerador que justifique seu nascêdo ou e (4) a comprovada inobservância ao art. 18, IV, “a” do RPAF.

Diz que há que ser tornado nulo ou insubstancial o auto de infração que ora se hostiliza, tornando-se sem efeito o imposto exigido, bem assim os acréscimos moratórios e a multa pretendida, por não estar legitimada a pretensão do agente do fisco.

Não sendo este o entendimento destes veneráveis julgadores, caso mantida a autuação, seja a multa aplicada reduzida para 20%. Nestes termos, solicita e aguarda deferimento.

O autuante presta Informação Fiscal, à fl. 150 dos autos, dizendo que, após análise da defesa apresentada (fls. 27/36), dos comprovantes de pagamentos (fls. 38/47) e da verificação no sistema de arrecadação, constata que o autuado fez a retenção na fonte do ICMS sobre serviços de transportes e recolheu indevidamente no código de receita nº 0775 – ICMS Regime Normal – Transporte, quando deveria ter recolhido no código de receita nº 1632 – ICMS Substituição Tributária – Transporte.

Do exposto e considerando o novo demonstrativo apresentado pela autuada, com alguns ajustes que não foram percebidos na fiscalização inicial, diz que acata os argumentos de defesa, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2009 da infração 01, no entanto, diz que mantém os valores apurados nos meses de março e abril de 2010, considerando que o autuado não fez o pagamento do ICMS retido na fonte dos serviços de transporte, tendo lançado os valores retidos na conta corrente fiscal e compensado com créditos acumulados, o que não é permitido pela legislação do ICMS da Bahia.

No que se refere a Infração 2, diz que o autuado lançou crédito extemporâneos no mês de agosto de 2011 e crédito do CIAP no mês de setembro, sem apresentar um demonstrativo da origem e sem informar de que se tratava tais créditos. Posteriormente, na sua defesa, informa sua origem e apresenta o CIAP como prova de controle dos mesmos.

Considerando que o autuado apresentou a prova da origem dos créditos, cabe aos ilustres julgadores considerar validos ou não em função da sua extemporaneidade o lançamento do mês de agosto, no entanto acatamos os argumentos referente ao mês de setembro em função das provas apresentadas.

VOTO

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 02 (duas) infrações, sendo todas combatidas. A Infração 01 versa sobre a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, correspondente ao montante de R\$208.967,00, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. A infração 02 refere-se utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$41.941,58, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Preliminarmente quanto a nulidade aventada pelo sujeito passivo, reza o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que é nulo o lançamento de ofício quando “*não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração*”, como argüido pelo sujeito passivo em relação aos termos da infração 02, sob o manto de que efetuou o lançamento dos créditos com base em documentação hábil e fulcro no art. 93, V, “a” do RICMS/97, não cabendo a alegação do autuante de que não possui documento comprobatório, para usufruir dos créditos objetos da autuação.

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos às fls. 18 a 19 dos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Refuto, portanto o pedido de nulidade argüido pelo sujeito passivo, pois as documentações que diz possuir e comprovar a licitude do uso do crédito glosado na autuação, somente foram apresentadas e acostadas aos autos com a manifestação de defesa às fls. 27 a 36, que serão observadas quando da análise do mérito da autuação, estando a autuação enquadrada na legislação em total conformidade com a descrição do fato relacionado à ocorrência fiscal, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude.

No mérito, em relação à infração 1 que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, o sujeito passivo comprova que apurou e recolheu os impostos devidos, para as datas de ocorrências relacionadas no demonstrativo de débito da autuação, relativos aos valores de janeiro a dezembro de 2009, indevidamente com o *Código de Receita nº 0775 – ICMS Regime Normal Transporte*, quando deveria ter recolhido no *Código de Receita nº 1631 – ICMS Substituição Tributária Transporte*, o que foi totalmente acatado as argumentações de defesa pelo Fiscal Autuante, inclusive em relação aos seus equívocos cometidos na autuação, quanto a apuração dos valores devidos, apontados pelo defensor na defesa.

Quanto aos demais itens da infração 1, relativamente aos meses de março e abril de 2010, em que o sujeito passivo alega ter feito a compensação do valor apurado com saldo de crédito constante da sua conta gráfica – conta corrente fiscal – o autuante não acata tal procedimento sob o

argumento de que não é permitido pela legislação do ICMS do Estado da Bahia, o que concordo plenamente com as razões expostas pelo autuante, conforme se depreende das disposições contidas no art. 126, inciso II, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, em que determina que o imposto devido por substituição, relativo a serviços de transporte, com atribuição de responsabilidade a terceiro, deve ser recolhido até o dia 15 do mês subsequente ao da ocorrência da operação, não cabendo a compensação do imposto com qualquer outro de origem de fato gerador diverso, como assim procedeu o sujeito passivo ao compensar o imposto devido com os créditos acumulados de sua conta gráfica. Sendo assim, resta subsistente a infração 1 no valor de R\$43.632,00, com a aplicação da multa de 150%, conforme tipificado no art. 42, incisos V, "a" da Lei nº 7.014/96.

No mérito, em relação a infração 2, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, alega o sujeito passivo referir a créditos de ICMS em operações de aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, com registro em fichas CIAP, que acosta às fls. 118 a 141 dos autos quando de sua manifestação de defesa, sob o argumento de que estaria apresentando cada um dos bens que deram origem aos créditos objeto da autuação.

Por sua vez, na informação fiscal à fls. 150 dos autos, o Fiscal Autuante, diz que o autuado lançou créditos extemporâneos R\$40.134,58 no mês de agosto de 2011, e crédito de R\$1.807,00 do CIAP no mês de setembro, sem apresentar um demonstrativo da origem e sem informar de que se tratava tais créditos, quando do desenvolvimento da ação fiscal. Posteriormente, na sua defesa, observa que o sujeito informa sua origem e apresenta o CIAP como prova de controle dos mesmos.

Ainda, sobre os elementos de defesa acostados aos autos, o Fiscal Autuante diz acatar a prova da origem dos créditos relativos ao CIAP no valor de R\$1.807,00, referente ao mês de setembro de 2011, que de pronto concordo com tal posicionamento, por entender que os documentos acostados são suficientes para provar a origem do crédito lançado. Sobre os créditos extemporâneos de R\$40.134,58 aproveitados no mês de agosto de 2011, da mesma forma que posiciona o autuante, não vejo, nos autos, a prova da origem dos créditos pelo sujeito passivo, nem tampouco qualquer documento que comprove a comunicação escrita à repartição fiscal a que está vinculada da utilização extemporânea do crédito fiscal na forma do que dispõe o art. 101, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Há de se observar que foi dado ciência ao sujeito passivo (fls. 158) da informação fiscal, acostada às fls. 150 dos autos, onde se manteve silente.

Na realidade, em relação à infração 2, sujeito passivo acosta às fls. 118 a 141 dos autos *Fichas do CIAP*, em que somando todos os valores de créditos, relativos aos meses de setembro de 2011, lançados na ficha de cada um dos bens adquiridos, encontram-se o valor do crédito tomado de R\$1.807,00 no mês de setembro 2011, elidindo assim a ocorrência para este mês da autuação. Quanto à ocorrência de uso do crédito extemporâneo no mês de agosto de 2011, não se vê nenhum documento probante nos autos que possa elidir esse item da autuação. Em sendo assim resta subsistente a infração 2 no valor de R\$40.134,58.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicada aventada pelo sujeito passivo, sob o argumento de que é cumpridor dos seus deveres fiscais na mais estrita e rigorosa observância da legislação vigente, bem assim que a ocorrência fiscal evidencia a ausência de dolo, fraude ou simulação, apresenta-me respaldado no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, onde diz que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo. Ocorre que, no presente caso em análise, o pedido de redução diz respeito à multa concernente a infração de obrigação principal, o qual não está no âmbito da competência dessa esfera administrativa sua análise na forma do art. 158 do RPAF/BA, aprovado

pelo Decreto nº 7.629/99. Tal pedido poderá ser requerido à Câmara Superior do CONSEF na forma do art. 159 do mesmo diploma legal.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269189.3009/12-4**, lavrado contra **ASA AGRÍCOLA SANTO ANTONIO S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$83.766,58**, acrescido das multas de 150% sobre R\$43.632,00 e 60% sobre R\$40.134,58, previstas no art. 42, incisos V, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 01 de abril de 2014.

ALVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

A. I. Nº - 269189.3009/12-4
AUTUADO - ASA AGRÍCOLA SANTO ANTONIO S/A.
AUTUANTE - JOÃO JOSE DE SANTANA
ORIGEM - INFAC BARREIRAS
INTERNET - 23.04.2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0026-06/14

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Caracterizada a condição de sujeito passivo por substituição do autuado, bem como o descumprimento da aludida obrigação tributária. As ocorrências que o sujeito passivo comprova a apuração e pagamento do ICMS sobre o serviço de transporte tomado elidem os itens da autuação, exceto em relação às ocorrências em que apura o imposto devido, porém não efetua pagamento e sim, lança no livro fiscal próprio (conta gráfica), para compensar com crédito de ICMS relacionados a outros fatos geradores, por não haver previsibilidade na legislação. Infração subsistente parcialmente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DO DOCUMENTO FISCAL COMPETENTE. Sujeito passivo não apresenta documentos comprobatórios que autorize ao uso do crédito fiscal lançado, exceto em relação aos originários do CIAP. Os créditos utilizados de forma extemporânea necessitam de anuênciam repartição fiscal a que está vinculada, o que não se vê nos autos. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2012, foi lavrado para constituir crédito tributário no valor de R\$250.908,58, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Lançado ICMS no valor de R\$208.967,00, mais multa de 150% nos meses de janeiro a dezembro de 2009 e março e abril de 2010, conforme demonstrativo acostado às fls. 03 a 15 dos autos.

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito. Lançado ICMS no valor de R\$41.941,58, mais multa de 60% nos meses de agosto e setembro de 2011.

O contribuinte autuado, à fls. 27 a 36 dos autos, com documentos anexos, apresenta defesa administrativa, que, após a descrição sobre alguns destaques de tempestividade da defesa, bem assim caracterização dos itens da atuação, apresenta as suas razões de defesa, que a seguir passo a descrever:

No tocante à infração 1, diz verificar que os valores exigidos pelo ilustre auditor fiscal, referentes ao exercício de 2009, foram devidamente recolhidos. Porém, houve erro no preenchimento do campo “Código de Receita” dos respectivos DAE (anexo 01). Salienta que erros meramente

Lembrar que o lançamento, como atividade vinculada e regrada, deve observar os pressupostos estatuídos no art. 142 do CTN, cuja motivação deve estar amparada em elementos materiais de prova veementes, capazes de demonstrar, com segurança a ilicitude tributária, o que não ocorreu no presente caso. Diante disso, diz que fica desnaturado o lançamento, o que gera a sua nulidade. Destaca o art. 18, IV, “a” do RPAF. Neste contexto, diz que fica evidente e comprovada a nulidade da infração 02, sendo, pois, digna de ser julgada sem efeito.

Sobre a assertiva de caracterizar a multa de natureza confiscatória, diz que, caso mantida a autuação, a multa imposta merece ser reduzida, posto que presentes os requisitos autorizadores, sob pena de configuração de confisco: (i) a autuada é empresa ilibada, cumpridora dos seus deveres fiscais na mais estrita e rigorosa observância da legislação vigente; (ii) evidencia-se a ausência de dolo, fraude ou simulação.

Observa que, muito embora o artigo 136 do Código Tributário Nacional contenha previsão no sentido de que a intenção do agente ou a efetividade do dano sejam irrelevantes para a responsabilidade por infrações, existem posições doutrinárias que consideram necessária a investigação do elemento subjetivo da conduta, para a cominação de penalidades. Cita algumas.

Diz também, que, em posição antológica do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 81.550, ficou reduzida multa de 100% para 20%, por considerar confiscatória a multa de valor igual ao imposto, por mera falta de recolhimento do tributo, sem circunstâncias de sonegação ou de má-fé. Observa, ainda, que o STF na ADI-MC 1075/DF (DJU 24/11/2006, página 59) decidiu no mesmo sentido, de que não é possível multa com efeito nitidamente confiscatório.

Por fim, diz que, para os princípios constitucionais sejam observados, deve ser considerada confiscatória e assim inconstitucional, por conflitar com o artigo 150, IV, da Constituição Federal, toda e qualquer multa que ultrapasse o limite de 30% do tributo. A multa enquanto obrigação tributária é acessória e nessa condição não pode ultrapassar o principal. (STF, RE 81.550 *in* RTJ 74/319). Pelo exposto, roga-se a redução da multa para 20%.

Assim, cumpridas as formalidades legais e sobre tudo o que se consubstancia na presente, considerando, em síntese: (i) a comprovação dos recolhimentos e compensações do imposto cobrado na infração 01; (2) a falta de comprovação material do ilícito fiscal constante do auto de infração em relação à infração 02; (3) a comprovada condição de ilegitimidade da infração 02, através da qual o autuante quer cobrar tributos sem o fato gerador que justifique seu nascêdo ou e (4) a comprovada inobservância ao art. 18, IV, “a” do RPAF.

Diz que há que ser tornado nulo ou insubstancial o auto de infração que ora se hostiliza, tornando-se sem efeito o imposto exigido, bem assim os acréscimos moratórios e a multa pretendida, por não estar legitimada a pretensão do agente do fisco.

Não sendo este o entendimento destes veneráveis julgadores, caso mantida a autuação, seja a multa aplicada reduzida para 20%. Nestes termos, solicita e aguarda deferimento.

O autuante presta Informação Fiscal, à fl. 150 dos autos, dizendo que, após análise da defesa apresentada (fls. 27/36), dos comprovantes de pagamentos (fls. 38/47) e da verificação no sistema de arrecadação, constata que o autuado fez a retenção na fonte do ICMS sobre serviços de transportes e recolheu indevidamente no código de receita nº 0775 – ICMS Regime Normal – Transporte, quando deveria ter recolhido no código de receita nº 1632 – ICMS Substituição Tributária – Transporte.

Do exposto e considerando o novo demonstrativo apresentado pela autuada, com alguns ajustes que não foram percebidos na fiscalização inicial, diz que acata os argumentos de defesa, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2009 da infração 01, no entanto, diz que mantém os valores apurados nos meses de março e abril de 2010, considerando que o autuado não fez o pagamento do ICMS retido na fonte dos serviços de transporte, tendo lançado os valores retidos na conta corrente fiscal e compensado com créditos acumulados, o que não é permitido pela legislação do ICMS da Bahia.

No que se refere a Infração 2, diz que o autuado lançou crédito extemporâneos no mês de agosto de 2011 e crédito do CIAP no mês de setembro, sem apresentar um demonstrativo da origem e sem informar de que se tratava tais créditos. Posteriormente, na sua defesa, informa sua origem e apresenta o CIAP como prova de controle dos mesmos.

Considerando que o autuado apresentou a prova da origem dos créditos, cabe aos ilustres julgadores considerar validos ou não em função da sua extemporaneidade o lançamento do mês de agosto, no entanto acatamos os argumentos referente ao mês de setembro em função das provas apresentadas.

VOTO

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 02 (duas) infrações, sendo todas combatidas. A Infração 01 versa sobre a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, correspondente ao montante de R\$208.967,00, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. A infração 02 refere-se utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$41.941,58, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Preliminarmente quanto a nulidade aventada pelo sujeito passivo, reza o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que é nulo o lançamento de ofício quando “*não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração*”, como argüido pelo sujeito passivo em relação aos termos da infração 02, sob o manto de que efetuou o lançamento dos créditos com base em documentação hábil e fulcro no art. 93, V, “a” do RICMS/97, não cabendo a alegação do autuante de que não possui documento comprobatório, para usufruir dos créditos objetos da autuação.

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos às fls. 18 a 19 dos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Refuto, portanto o pedido de nulidade argüido pelo sujeito passivo, pois as documentações que diz possuir e comprovar a licitude do uso do crédito glosado na autuação, somente foram apresentadas e acostadas aos autos com a manifestação de defesa às fls. 27 a 36, que serão observadas quando da análise do mérito da autuação, estando a autuação enquadrada na legislação em total conformidade com a descrição do fato relacionado à ocorrência fiscal, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude.

No mérito, em relação à infração 1 que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, o sujeito passivo comprova que apurou e recolheu os impostos devidos, para as datas de ocorrências relacionadas no demonstrativo de débito da autuação, relativos aos valores de janeiro a dezembro de 2009, indevidamente com o *Código de Receita nº 0775 – ICMS Regime Normal Transporte*, quando deveria ter recolhido no *Código de Receita nº 1631 – ICMS Substituição Tributária Transporte*, o que foi totalmente acatado as argumentações de defesa pelo Fiscal Autuante, inclusive em relação aos seus equívocos cometidos na autuação, quanto a apuração dos valores devidos, apontados pelo defensor na defesa.

Quanto aos demais itens da infração 1, relativamente aos meses de março e abril de 2010, em que o sujeito passivo alega ter feito a compensação do valor apurado com saldo de crédito constante da sua conta gráfica – conta corrente fiscal – o autuante não acata tal procedimento sob o

pelo Decreto nº 7.629/99. Tal pedido poderá ser requerido à Câmara Superior do CONSEF na forma do art. 159 do mesmo diploma legal.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269189.3009/12-4**, lavrado contra **ASA AGRÍCOLA SANTO ANTONIO S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$83.766,58**, acrescido das multas de 150% sobre R\$43.632,00 e 60% sobre R\$40.134,58, previstas no art. 42, incisos V, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 01 de abril de 2014.

ALVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA