

PROCESSO - A. I. Nº 276473.0301/14-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0093-05/15
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0294-11/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. b) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM SAÍDA POSTERIOR BENEFICIADA COM ISENÇÃO OU RECUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. c) AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO. Restou comprovado que parte das mercadorias deram saídas com redução da base de cálculo. Aplicado à proporcionalidade o que implicou na redução do débito das infrações 9 e 10. Mantida a Decisão pela procedência em parte destas infrações. 3. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. O levantamento fiscal relaciona prestação de serviço de transportes, devidamente consignado nas notas fiscais acostadas aos autos, cuja despesa de frete cobradas do destinatário não foi incluída na base de cálculo, como previsto na legislação do imposto. Infração procedente. Reformada a Decisão. 5. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O art. 82, inciso III, do RICMS/97 prevê a redução da base de cálculo do ICMS nas saídas internas de pedra britada, calculando-se a redução em 33,33%. Notas fiscais juntados aos autos comprovam que a operação de venda foi destinada a órgão da administração pública e contribuintes localizados em outros Estados. Para configuração de saída interna sujeita ao benefício, imprescindível que o estabelecimento remetente e destinatário estejam situados no mesmo Estado da federação. Irrelevante, para tal fim, o local de entrega das mercadorias. Acusação subsistente. Reformada a Decisão pela procedência da infração 5. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime quanto as infrações 5, 9 e 10, e, não unânime quanto a infração 3.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida que desonerou o valor total exigido nas infrações 3 e 5, e partes dos valores das infrações 9 e 10, referente ao Auto de Infração, lavrado em 28/03/14, exigindo ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$328.370,33, sendo que as infrações objeto do recurso reportam a:

3. Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente à Prestação de Serviço de Transporte, devidamente escriturada nos livros fiscais próprios. Art. 82, III do RICMS/97 e art. 268, II do Dec. 13780/12. Redução válida até 30/11/2012 - R\$26.030,06. Multa de 60%;

5. Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo - R\$256.795,98. Multa de 60%;

9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes

beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Art. 267, inciso VII do Decreto nº 13780/12. Proibida utilização de quaisquer créditos devido à redução - R\$19.921,13. Multa de 60%;

10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Art. 267, inciso VII do Decreto nº 13780/12. Crédito de Ativo Imobilizado proibido devido à redução nas saídas - R\$20.783,75. Multa de 60%.

A 5ª JF na Decisão proferida, ressaltou inicialmente que o sujeito passivo reconheceu o débito relativo às infrações 1, 2, 6, 7 e 8. Indeferiu o pedido de realização de diligência fiscal por entender que os elementos contidos no processo eram suficientes para a formação de sua convicção (art. 147, inciso I, “a”, do RPAF/BA). Quanto ao mérito apreciou que:

Em relação à infração 03, foi imputada, conforme descrição constante à fl. 02: “ Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente a Prestação de Serviço de Transporte, devidamente escriturados nos livros fiscais próprios”. O enquadramento legal, por sua vez, não corresponde a infração imputada, Art. 82, III RICMS/97 e art. 268, II, art. 2º, inciso VI e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA, ou seja, os dispositivos apontados não se referem a exigência do imposto relativo à prestação de serviço transporte.

O autuante corrige em sua informação fiscal o enquadramento indicando o art. 54, II, “b” do RICMS/BA, para exigir o valor do imposto sobre operação de circulação de mercadorias, relativo aos serviços de transportes não incluídos na base de cálculo do ICMS, conforme planilha que elaborou, contudo a imputação trata da exigência sobre prestação de serviço de transporte. Ocorreu, portanto, um erro de fato, ou seja, a descrição dos fatos não corresponde ao efetivamente ocorrido, ou seja, a não inclusão das despesas de frete cobradas ao destinatário na base de cálculo, não cabendo a correção do lançamento, através da informação fiscal, com base no art. 18, §1º do RPAF/BA.

A infração 03, portanto, é nula com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

No que pertence à infração 5, o autuante acusa o sujeito passivo de ter recolhido a menos o ICMS por utilização incorreta da redução da base de cálculo. Afirma o autuante que os destinatários nas vendas de mercadorias interestaduais não têm direito à redução na base de cálculo de venda de pedra britada e de mão por ser exclusiva nas vendas internas. Afirma o autuante que: Com relação às notas fiscais destinadas ao 11º Batalhão de Engenharia de Construção. Apresentou notas de empenho que comprovam a entrega do material dentro do estado da Bahia.

O art. 267, VI, aponta que a redução da base de cálculo de Brita ocorre nas saídas internas. Verifico que as mercadorias foram destinadas a unidade do Batalhão que executa a obra em Teixeira de Freitas-BA, não descaracterizando as saídas internas. O fato de o 11º Batalhão de Engenharia estar sediado em Minas Gerais, não descaracteriza a saída interna para sua unidade na Bahia.

Acompanho, portanto, o entendimento do autuante ao excluir as operações com entrega das mercadorias internas, para realização das obras em Caravelas Bahia pela unidade do 11º Batalhão de Engenharia de Construção.

O autuante afirma que remanescem ainda 04 notas fiscais com operações interestaduais, contudo não identifiquei nessas, situação distinta das que foram excluídas, ou seja, elas têm o mesmo destinatário, o Batalhão e a mercadoria tem como local de entrada a sua unidade em Teixeira de Freitas na Bahia, razão pela qual não considera que devam remanescer para cobrança do imposto.

Diante do exposto, considero improcedente a infração 05.

Em relação à infração 9, o sujeito passivo foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Art. 267, inciso VII do Decreto nº 13.780/12. Proibida utilização de quaisquer créditos devido à redução.

O autuante aplicou o estorno de crédito devido à alteração do Decreto nº 13780/2012 relativa à forma de cálculo nas saídas internas de empresa de extração e britamento a partir de 01/12/2012, conforme art. 267, VII do RICMS/2012.

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

...

VII - nas saídas internas de pedra britada e de mão, efetuadas por contribuinte com atividade de extração e britamento de pedras que não seja beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, de forma que a carga tributária seja correspondente a 4% (quatro por cento).

Afirma o autuante que não foi feita nova cobrança do valor de ICMS normal do mês 12/2012 com aplicação da nova alíquota de 4%, pois mesmo sem utilizar os créditos glosados, a empresa possuía saldo credor do mês anterior.

A partir de 12/2012, com aplicação de 4% sobre as saídas, os créditos são indevidos, foi feita glosa deste valor. Aceita o autuante que a empresa comercializa uma parte com redução e outra não, realizando a proporcionalidade e apurando novo valor para esta infração. Segue nova apuração de valor da proporcionalidade no valor de R\$15.418,96, em anexo.

Assim, a infração 09 é parcialmente procedente.

No que alude a infração 10, trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, conforme determina o benefício previsto no Art. 267, inciso VII do Decreto nº 13.780/12.

No caso em tela, cabe a aplicação da proporcionalidade para utilização dos créditos do Ativo Imobilizado, uma vez que foi proibida a utilização dos créditos devido a redução nas saídas internas de pedra de brita de empresa de extração e britamento a partir de 01/12/2012.

Trata-se, portanto, de crédito de ativo imobilizado e que foi também utilizada a proporcionalidade resultando no ajuste dos valores exigidos para R\$16.086,62.

Considero, portanto, parcialmente mantida a infração 10, remanescendo o valor a ser exigido de R\$ 16.086,62.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo a seguir:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	RECONHECE	771,88	771,88	60%
02	RECONHECE	722,52	722,52	60%
03	NULA	26.030,06	00,00	60%
04	PROCEDENTE	2.227,73	2.227,73	60%
05	IMPROCEDENTE	256.795,98	00,00	60%
06	RECONHECE	400,09	400,09	60%
07	RECONHECE	71,00	71,00	-----
08	RECONHECE	646,19	646,19	-----
09	PROCEDENTE EM PARTE	19.921,13	15.418,96	60%
10	PROCEDENTE EM PARTE	20.783,75	16.086,62	60%
TOTAL		328.370,33	36.344,99	

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA.

VOTO

A infração 3 acusa falta de recolhimento do ICMS, no prazo regulamentar, referente à prestação de serviço de transporte, devidamente escriturada nos livros fiscais próprios.

A 5ª JJF julgou Nula esta infração, sob o fundamento de que o enquadramento legal nos artigos. 82, III do RICMS/97 e art. 268, II [Decreto nº 13.780/12], art. 2º, inciso VI e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA [97], ou seja, os dispositivos apontados não se referem a exigência do imposto relativo à prestação de serviço transporte e não há possibilidade de corrigir na informação fiscal, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Na defesa apresentada, o sujeito passivo alegou que não ficou caracterizada a infração cometida o que implicou cerceamento do direito de defesa, e no mérito que:

- O § 7º do art. 1º, do RICMS/97 e art. 264 do Decreto nº 13.780/12, dispensa o lançamento e o pagamento do imposto incidente nas prestações internas de serviços de transporte de carga;
- Nas operações destinadas aos Estados do ES e MG foi tributada a alíquota 17% ao invés de 12%;
- Foi indicado bases de cálculos incorretas relativo às Notas Fiscais de nºs 3083, 3160; 3370; 3577; 3925, conforme cópias juntadas com a defesa (fls. 678 a 763);
- Diversas Notas Fiscais de nºs 04; 15; 16; 17; 27; 28; 29; 39; 40; 42; 43; 48; 56; 61; 62; 63 e 66 (série 900), não foram emitidas pelo autuado e a Nota Fiscal nº 4324 foi cancelada.

Na informação fiscal (fls. 935/936), a autuante rebateu os argumentos afirmando que:

- A isenção invocada pelo autuado no art. 264, XCIV não existe e que a prevista no artigo 265, XCIV do RICMS/12 se aplica a operações de prestação de serviço feito por transportadores de cargas, mas em se tratando de operações de venda de mercadorias com cobrança de frete do

destinatário por conta do emitente, como destacado nas notas fiscais, o ICMS é devido, conforme disposto nos artigos 54, I, “b” e art. 438 do RICMS/97;

- B) Efetuou a correção da base de cálculo conforme documentos fiscais apresentados pelo autuado, bem como excluiu a nota fiscal cancelada (devolução);
- C) As notas fiscais da série 900 foram emitidas pela empresa em regime de contingência (fls. 321 a 337) e foram mantidas.
- D) Refez o demonstrativo original (fls. 939 a 953) o que resultou na redução do débito de R\$26.030,06 para R\$25.818,97.

A Inspetoria Fazendária cientificou o autuado da informação fiscal e forneceu cópias de todos os demonstrativos refeitos (fls. 955 a 957).

O sujeito passivo se manifestou (fls. 959 a 962), afirmando que o fato de ter indicado na defesa o art. 264, XCIV ao invés do art. 265 [RICMS 2012] “*não torna a referida infração procedente*”. Ratificou os termos da defesa e requereu que “*seja julgada improcedente a infração 3*”.

Pelo exposto, constato que uma vez esclarecido o enquadramento da infração e correções das inconsistências apontadas na impugnação inicial, o autuado não mais invocou nulidade da infração 3 e sim reiterou os termos da defesa inicial quanto as razões de mérito.

Por sua vez, a 5ª JJF declarou a nulidade da infração aplicando o disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, ou seja, lançamento de ofício sem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Entretanto, observo que os demonstrativos que dão suporte ao lançamento relacionam notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, nas quais consignou as operações de prestação de serviço de transporte, tendo o mesmo indicado enquadramento incorreto e no mérito, que as operações não eram tributadas pelo ICMS.

Prestada a informação fiscal, foram indicados os dispositivos regulamentares corretos e corrigido as inconsistências materiais e cientificado o sujeito passivo, tudo como estabelecido no art. 18, § 1º do RPAF/BA, ou seja, as incorreções ou omissões foram corrigidas e não acarretam a nulidade do Auto de Infração, visto que foi possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, tanto que o contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado, inclusive apresentado documentos fiscais para promover o saneamento das incorreções apontadas, que foram acatadas em parte e não contestado os valores contidos no demonstrativo de débito feito pela fiscalização.

Pelo exposto, considerando que a descrição dos fatos evidencia o cometimento da infração, entendo que não houve prejuízo a defesa do autuado e foi oportunizado se manifestar diante da informação fiscal indicando o dispositivo adequado do enquadramento e correção das inconsistências apontadas na defesa. Portanto, considero equivocada a nulidade indicada como fundamento da Decisão recorrida, diante do disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA, bem como o estabelecido no art. 19 do mesmo diploma legal que prevê:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique vidente o enquadramento legal.

Considerando que todas as questões materiais alegadas na defesa foram saneadas mediante informação fiscal, a qual foi dado conhecimento ao contribuinte, tendo o mesmo se manifestado, sem apresentar outras alegações, entendo que deve ser apreciada as questões de mérito (art. 515, §3º do CPC).

Quanto as razões apresentadas na defesa inicial e na manifestação acerca da informação fiscal, constato que.

- i) O demonstrativo original às fls. 24 a 33 relaciona as notas fiscais e valores dos fretes prestado pelo estabelecimento autuado, que foi cobrado dos destinatários, escriturados nos livros próprios e não tributados pelo ICMS.

Tomando por exemplo a Nota Fiscal de nº 3680 (fl. 225), a empresa destacou frete no valor de R\$600,00 e venda de mercadoria no valor de R\$1.200,00, cobrando o total de R\$1.800,00 do destinatário. Lançou no livro de Registro de Saída de Mercadorias (fl. 17) a tributação apenas com relação à mercadoria (com redução de base de cálculo). Logo, restou comprovado que não se tratando de operação de serviço de transporte de carga efetuada por transportadora, se inclui na base de cálculo o valor do frete relativo ao serviço de transporte cobrado do destinatário, ao teor dos artigos 54, II, “b” e art. 438, II do RICMS/97. Portanto, procede a exigência fiscal.

- ii) Os valores indicados com alíquotas incorretas (interestaduais) e cancelada (devolução) foram corrigidas na informação fiscal e demonstrativos refeitos (fls. 939 a 950);
- iii) Com relação a notas fiscais indicadas como não emitidas, na informação fiscal ficou esclarecido que se trata de emissão de NFe em regime de contingência e não foi contestado na manifestação do sujeito passivo acerca da informação fiscal.

Assim sendo, não tendo o sujeito passivo indicado outras incorreções, acato os demonstrativos refeitos pela fiscalização (fls. 939 a 948), ficando modificada a Decisão pela procedência em parte da infração 3, com redução do débito original de R\$26.030,06 para o valor de R\$25.818,97 conforme demonstrativo de débito resumo à fl. 936.

Quanto à infração 5, que aponta recolhimento a menos do ICMS em decorrência da utilização incorreta da redução da base de cálculo, a 5ª JJF fundamentou a sua Decisão afirmando que:

- a) *As notas fiscais destinadas ao 11º Batalhão de Engenharia de Construção comprovam a entrega do material dentro do Estado da Bahia e “não descaracteriza a saída interna para sua unidade na Bahia”;*
- b) *As notas fiscais com operações interestaduais, que a fiscalização manteve a exigência, também se refere ao mesmo destinatário, com entrega da mercadoria “a sua unidade em Teixeira de Freitas na Bahia”.*

No que se refere ao item “a”, observo que na defesa o sujeito passivo alegou que apesar de ter vendido as mercadorias para o 11º Batalhão de Engenharia e Construção localizado no município de Araguari, Estado de Minas Gerais, as mercadorias *“foram entregues no KM 12 e KM 84,5 da BR 418 situada no município de Caravelas-BA”* e que caracteriza operação interna, argumento que foi acolhido pela 5ª JJF.

Constato que a cópia da maioria das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de fls. 508 e 509 foram acostadas às fls. 510 a 566 consta como destinatário o 11º Batalhão de Engenharia de Construção do Exército Brasileiro (11º BEC), cujo quartel está localizado à Rua Professora Lourdes Naves, nº 750, bairro de Santo Antônio, cidade de Araguari, Estado de Minas Gerais.

Logo, apesar de ter sido juntado contrato que indica entrega das mercadorias nas obras localizadas no município de Caravelas/BA, trata-se de operações de venda realizada com consumidor (o Batalhão constrói estradas, em termos operacionais equivale a uma construtora, mas como faz parte da administração direta federal, caracteriza-se como consumidor final), localizado em outro estado, caracteriza-se como operação interestadual.

Como o art. 82, III do RICMS/97 prevê a redução da base de cálculo do ICMS, até 31/12/12, nas saídas internas de pedra britada, calculando-se a redução em 33,33% (art. 267, VII do RICMS/12), neste caso, não se aplica a referida redução de base de cálculo quando se tratar de operação de saída interestadual.

Ressalto que o mesmo contribuinte teve operações da mesma natureza autuadas e embora não se trate de Decisão definitiva, foi mantida a exigência fiscal conforme Acórdão 0184-03/11.

Também no Acórdão JJF nº 0416-01/08, o ICMS foi exigido na infração 1 acusando não contemplar redução de base de cálculo nas operações de saídas internas de bloco, areia de brita e pó de pedra, por entender que não contemplados no art. 82, III do RICMS/97 (pedra britada e de mão), *além de saídas interestaduais destes e de outros produtos, que o benefício contempla apenas as*

saídas internas. Julgado procedente, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste Conselho não deu provimento ao Recurso Voluntário interposto, conforme Acórdão CJF Nº 0094-12/12.

Também, conforme apreciado no Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Ac. JJF 0184-03/11, esta Câmara não deu provimento ao recurso conforme Ac. CJF 0288-11/13, conforme trecho abaixo transcrito:

Para a correta interpretação da norma inserta no artigo 82 do RICMS/BA, entendo fundamental integrar as suas disposições àquelas contidas no §8º do art. 2º do RICMS/BA, in verbis:

Art. 2º.....

§ 8º Entende-se por operação ou prestação:

I – interna aquela em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados na mesma unidade da Federação;

II – interestadual aquela em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados em unidades da Federação diferentes.

Como se constata, para que uma operação seja considerada como interna é imprescindível que estabelecimento remetente e destinatário, assim entendido aqueles que firmaram o negócio jurídico que ensejou a operação de saída, estejam situados na mesma unidade da Federação, sendo irrelevante para tanto o local onde serão entregues as mercadorias ou prestados os serviços.

No que se refere às notas fiscais que a fiscalização indicou no demonstrativo às fls. 949 e 950, que a 5ª JJF fundamentou que também foram destinadas ao 11º BEC e julgadas improcedentes pela mesma apreciação, constato que a Nota Fiscal nº 065 (fl. 536) é destinada a Nanuque Empreendimentos Imobiliário Ltda., situada em Nanuque/MG; Nota Fiscal nº 4283 destinada a Fibria Celulose localizada no município de Conceição da Barra/ES (fl. 559) e Nota Fiscal nº 4445 destinada a Ricardo Luiz de Souza Neto ME, localizada em Nanuque/MG (fl. 566). Portanto, também se trata de operações interestaduais e indevida a aplicação do benefício fiscal de redução de base de cálculo previsto no art. 82, III do RICMS/97 (art. 267, VII do RICMS/12).

Dessa forma, conforme acima apreciado, a Decisão com relação a esta infração fica reformada de Improcedente, para Procedente, com valor devido de R\$256.795,98.

Relativamente à infração 9, que acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo (art. 267, VII do RICMS/12), verifico que a mesma foi julgada procedente em parte.

Na defesa apresentada o sujeito passivo alegou que não utilizou a redução de base de cálculo relativo a saídas internas de pedra britada e de mão, de modo que a carga tributária corresponda a 4%.

Constato que a fiscalização no demonstrativo original à fl. 597, glosou os créditos fiscais relativos à aquisição de insumos (oxigênio, combustível e cimento). Diante dos argumentos defensivos de que produz e comercializa outros produtos artefatos de cimento (blocos, telhas, manilhas, bloquinho/ossinho, meio fio e outros blocos para pavimentação), a fiscalização no demonstrativo refeito acostado à fl. 953 aplicou a proporcionalidade apurada de 77,40% relativo a saídas sem redução da base de cálculo prevista para pedra britada e de mão, a partir de 01/12/12, conforme instituído no art. 267, VII do RICMS/12.

Assim sendo, considero correta a redução do débito original de R\$19.921,13 para R\$15.418,96 (fl. 953).

No que se refere à infração 10, verifico que a fiscalização glosou o crédito fiscal lançado a débito no livro RAICMS (fl. 604), referente à apropriação no mês de dezembro/12, relativo a aquisições de bens destinados ao ativo permanente.

Conforme apreciado na infração 9, diante da alegação defensiva de que comercializa pedras britada e feita de mão (i) contemplada com redução de base de cálculo (art. 267, VII do RICMS/12) e também artefatos de cimento que são tributados normalmente, a fiscalização aplicou a proporcionalidade relativo a mercadorias contempladas com redução de base de cálculo, com percentual de 77,40% (fl. 938), o que foi acolhido no julgamento.

Pelo exposto, conforme apreciado na infração 9, a desoneração procedida na infração 10 decorre de erros materiais que foram saneadas na fase instrutória o que reduziu o débito original de R\$20.783,75 para R\$16.086,62, cuja Decisão não merece qualquer reparo.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, conforme resumo abaixo.

INF.	Situação	VI. Autuado	Julgado 5ª JF	Julgado 1ª CJF	Decisão
1	RECONHECE	771,88	771,88	771,88	
2	RECONHECE	722,52	722,52	722,52	
3	NULA	26.030,06	0	25.818,97	Procedente em Parte
4	PROCEDENTE	2.227,73	2.227,73	2.227,73	
5	IMPROCEDENTE	256.795,98	0	256.795,98	Procedente
6	RECONHECE	400,09	400,09	400,09	
7	RECONHECE	71,00	71,00	71,00	
8	RECONHECE	646,19	646,19	646,19	
9	PROC. EM PARTE	19.921,13	15.418,96	15.418,96	Procedente em Parte
10	PROC. EM PARTE	20.783,75	16.086,62	16.086,62	Procedente em Parte
TOTAL		328.370,33	36.344,99	318.959,94	

VOTO DISCORDANTE (Quanto à infração 3)

Em que pese o sempre bem embasado voto do n. Relator, peço a devia *venia* para discordar do seu entendimento quanto o julgamento de infração 03, por entender que fora esclarecido o enquadramento da infração quando da prestação da Informação Fiscal pelo Autuante, reformulando integralmente o julgamento de piso.

Impende ressaltar que, inicialmente, os julgadores de primo grau entenderam que a versada infração era nula, consoante o artigo 18, IV, 'a' do RPAF/BA, sob os seguintes fundamentos:

Em relação à infração 03, foi imputada, conforme descrição constante à fl. 02: “ Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente a Prestação de Serviço de Transporte, devidamente escriturados nos livros fiscais próprios”. O enquadramento legal, por sua vez, não corresponde a infração imputada, Art. 82, III RICMS/97 e art. 268, II, art. 2º, inciso VI e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA, ou seja, os dispositivos apontados não se referem a exigência do imposto relativo à prestação de serviço transporte.

O autuante corrige em sua informação fiscal o enquadramento indicando o art. 54, II, “b” do RICMS/BA, para exigir o valor do imposto sobre operação de circulação de mercadorias, relativo aos serviços de transportes não incluídos na base de cálculo do ICMS, conforme planilha que elaborou, contudo a imputação trata da exigência sobre prestação de serviço de transporte. Ocorreu, portanto, um erro de fato, ou seja, a descrição dos fatos não corresponde ao efetivamente ocorrido, ou seja, a não inclusão das despesas de frete cobradas ao destinatário na base de cálculo, não cabendo a correção do lançamento, através da informação fiscal, com base no art. 18, §1º do RPAF/BA.

A infração 03, portanto, é nula com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Da análise dos elementos que compõe o presente PAF, especialmente a descrição da infração originalmente posta, convirjo integralmente ao entendimento esposado pela JF quanto a nulidade da infração, ao perceber que houve erro na descrição do fatos, que não correspondem ao que foi efetivamente ocorrido.

Pois bem.

Segundo a descrição da infração, fora inicialmente exigido imposto sobre a falta de recolhimento do ICMS referente a Prestação de Serviço de Transporte, devidamente escriturado nos livros fiscais, situação completamente diversa daquela efetivamente lançada, qual seja: operação relativa aos serviços de transportes não incluídos na base de cálculo do ICMS.

Tal erro ou descompasso existente entre a infração lançada e o realmente apurado nos demonstrativos fiscais, fere de morte os preceitos insculpidos nos art. 18, IV, 'a' c/c art. 39, ambos do RPAF/BA, por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança, clareza e precisão, a infração cometida, restando impossibilitada a perfeita compreensão do contribuinte quanto ao alcance da exação supostamente cometida.

Some-se a isso, o fato de total desacerto do enquadramento proposto pela fiscalização, apontando normas completamente dispares ao contexto da infração lançada.

Nesta senda, indubitável o prejuízo da empresa ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ademais, não me parece plausível argumentar que, com a apresentação de defesa por parte do contribuinte, versando sobre aspectos pertinentes a mataria de mérito, restaria afastado o vício de nulidade do Auto de Infração.

Em primeiro lugar, não cabe espaço no lançamento tributário para imprecisões relevantes sobre o cerne da exação, como ora observado, pois a diferença entre prestação de serviço de transporte e inclusão do ICMS dentro da base de cálculo do imposto é abissal no sistema normativo do ICMS, com regras-matrizes e fatos geradores completamente diferentes. Em segundo, vige no sistema processual pátrio o princípio da eventualidade, pelo qual deve a contribuinte, alegar toda a matéria de fato e de direito que possa impugnar o pedido do Fisco. Assim, não seria erro da parte de quem defende, arguir todas as matérias que possam ajudar na defesa da empresa, contra as acusações impostas pela Fiscalização.

Aliás, se não trilhássemos esse entendimento, seria possível entender que, caso o contribuinte não apresentasse defesa específica de mérito, o lançamento seria nulo, uma vez que não houve entendimento do cerne da exação, ou seja, poderia-se dizer que, quem convalida ou sana um lançamento tributário nulo é o Contribuinte, conforme o teor de sua defesa.

Julgo que tal juízo não pode prevalecer, reconhecendo que a infração 03 é nula.

Assim, por tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a decisão de piso que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração, apontando a nulidade da infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276473.0301/14-3**, lavrado contra **PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$318.242,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$717,19**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já pagos.

VOTO VENCEDOR (Quanto a infração 3) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DISCORDANTE (Quanto a infração 3) – Conselheiro: Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - VOTO DISCORDANTE
(Infração 3)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS