

**PROCESSO** - A. I. Nº 232948.0019/17-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - PROSEGUR BRASIL S/A – TRANSPORTADORA DE VALORES E SEGURANÇA  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5º JJF nº 0001-02/20  
**ORIGEM** - INFRAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 13.10.2020

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0187-11/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. INCONGRUÊNCIA ENTRE OS FATOS E A DESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES. FALTA DE ELEMENTO ESSENIAL À VALIDADE DO LANÇAMENTO. Descrição da infração de erro na aplicação na alíquota cabível e dispositivos indicados como infringidos não se coadunam com o demonstrativo sintético que serviu de base do lançamento que indica apuração do imposto a menos com a utilização de crédito presumido. Inexistência de elementos suficientes para se determinar a infração. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa (art. 18, inciso IV, do RPAF/BA). Recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo das falhas conforme dispõe o art. 156 do RPAF/BA, observando o prazo decadencial. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVÍDO.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF, conforme disposto no art. 169, I, “a” do RPAF/BA, por ter desonerado a totalidade dos valores exigidos, relativo ao Auto de Infração lavrado em 28/03/2017, para exigir o crédito tributário em decorrência do recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas prestações de serviço de transportes rodoviários, regularmente escrituradas, nos períodos de outubro e novembro de 2012 - R\$125.665,65, acrescido da multa de 60%, que foi julgado nulo.

Na decisão proferida a 2ª JJF fundamentou que:

*O auto de infração em análise acusa o sujeito passivo, contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição NORMAL, exercendo a atividade 8012900 – ATIVIDADES DE TRANSPORTE DE VALORES, de ter recolhido o ICMS a menor em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas prestações de serviço de transportes rodoviários.*

*A defesa argumenta que não ocorreu o recolhimento a menor de ICMS em virtude de não ter utilizado crédito presumido de ICMS em valor superior ao estabelecido na legislação conforme previsto no art. 270, inc. III do RICMS/2012.*

*A defesa aborda unicamente a utilização regular do crédito presumido ao qual diz ter direito, inclusive citando o Acórdão CJF nº 0202-11/14, que resultou do julgamento em segunda instância do auto de infração nº 281333.0003/13-9, julgado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, cuja acusação é de que o sujeito passivo utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao percentual permitido na legislação em vigor.*

*Na informação fiscal, o autuante “...esclarece que o crédito foi cobrado devidamente em virtude do cálculo ter sido realizado em percentual superior ao estabelecido pela legislação do Crédito Presumido...”, implicando em recolhimento a menor do imposto em outubro e novembro de 2012, apresentando, inclusive, tabelas demonstrando os percentuais utilizados pela autuada no cálculo do crédito presumido.*

*Em tempo, observo a inexistência de erro formal no lançamento, contudo, na constituição da acusação verifico a existência de vício material em virtude da incongruência entre a acusação e o fato descrito nos autos, conforme abordo a seguir.*

*Na descrição da infração, consta que o contribuinte, aplicando alíquota incorreta nas prestações de serviços*

rodoviários, recolheu o imposto a menor.

Ao analisar os autos, verifico que os fatos ocorridos, passíveis de serem considerados infrações à legislação tributária cometidas pelo contribuinte, não correspondem à acusação. Resta claro que o fato tratado nos autos refere-se à utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao percentual permitido na legislação. Portanto, há uma evidente desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal.

É imprescindível que as autoridades fiscais atuem nos estritos termos da legislação quando da constituição do crédito tributário, por se tratar o lançamento de um ato vinculado, devendo ser obedecidas as regras de direito material e do direito formal, que determinam como devem os agentes fiscais proceder na constituição do crédito.

Sendo o lançamento um ato que declara a obrigação geral e abstrata, prevista na norma, e constitui o crédito tributário, ou seja, uma obrigação individualizada, a descrição dos fatos, obrigatoriamente, deve guardar consonância com a acusação. Assim sendo, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação que cria dificuldades ao exercício do direito de defesa.

A incongruência observada entre a acusação e os fatos descritos, não se trata de eventual incorreção ou inobservância de exigências meramente formais, passível de correção conforme previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/99.

Pelo exposto, está evidente e caracterizada a incongruência entre a acusação e o fato descrito nos autos. Portanto, há claramente insegurança na determinação da base de cálculo que implica na afronta ao direito do sujeito passivo do exercício de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, conduzindo a decretar de ofício a nulidade do Auto de Infração, como determina o art. 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99:

Art. 18. São nulos: (...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa; (...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator; Ademais, a natureza do aludido óbice também impossibilita a reparação ou adequação da acusação fiscal, mesmo por meio de diligência, uma vez que não fora observado o devido processo legal.

Quanto ao pedido de perícia técnica, fica prejudicado, razão pela qual deixo de me manifestar sobre o mesmo.

Represento à autoridade competente, que determine a renovação do procedimento, para verificação de créditos favoráveis a Fazenda Pública Estadual, a salvo das falhas apontadas, inclusive, observando os prazos decadenciais e objetivando resguardar os interesses do Estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

A 2ª JJF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 1 do RPAF/BA.

## VOTO

O Auto de Infração acusa recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas prestações de serviço de transportes rodoviários.

A 2ª JJF julgou nulo o lançamento, fundamentando que “os fatos ocorridos, passíveis de serem considerados infrações à legislação tributária cometidas pelo contribuinte, não correspondem à acusação”, por se tratar de fato de utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao percentual permitido na legislação, caracterizando desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal.

Pela análise dos elementos do processo, constato que:

- i) A infração indica recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota;
- ii) O enquadramento indica infringência aos artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96;
- iii) O demonstrativo (fl. 10) indica o ICMS debitado, crédito presumido de 20%, valor a recolher e recolhido, com exigência da diferença apurada (devido – recolhido).
- iv) Multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Na defesa apresentada (fls. 27/30) o autuado alegou que presta serviço de transporte terrestre e

aéreo, cujos créditos presumidos são apurados de forma distintas (art. 270, III do RICMS/2012).

O autuante na informação fiscal (fls. 77/79) apresentou tabela indicando que nos meses fiscalizados (11 e 12/2012) foi utilizado crédito presumido com porcentuais de 38% e 37% respectivamente, que é superior ao porcentual de 20% que ele utilizou na apuração do ICMS.

Constatou que a descrição da infração indica erro na apuração da alíquota, os dispositivos indicados como infringido (artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96) referem-se as alíquotas aplicáveis de 17%, 7% e adição de dois pontos percentuais destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, não se coadunam com o fato real que em tese foi a utilização de crédito presumido incorreto.

Muito embora o contribuinte tenha demonstrado na defesa que compreendeu o que foi autuado, observo que o demonstrativo original que evidencia utilização de crédito presumido superior ao porcentual de 20% previsto no art. 270, III, “b” do RICMS/97, não foi demonstrado a apuração relativo as operações com transporte aéreo previsto no mesmo artigo e inciso, alínea “a”.

Por tudo que foi exposto, entendo que está correta a fundamentação da decisão ora recorrida, que há incongruência entre a acusação e os fatos descritos, implicando em insegurança na determinação da base de cálculo e incerteza do cometimento da infração, culminando na nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18, II e IV, alínea “a” do RPAF-BA.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, representando à autoridade competente, verificar a possibilidade de renovar o procedimento fiscal a salvo das falhas, observando os prazos decadenciais, nos termos do art. 21 do RPAF/BA.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 232948.0019/17-5, lavrado contra PROSEGUR BRASIL S/A – TRANSPORTADORA DE VALORES E SEGURANÇA. Recomenda-se à autoridade fazendária a renovação do procedimento fiscal no estabelecimento do autuado, a salvo dos equívocos apontados, observando o prazo decadencial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS