

A. I. N° - 207090.0007/18-6
AUTUADO - IPC DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/09/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0130-02/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. a) FALTA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO. Infração não impugnada. **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE CARGAS. A substituição tributária pelo tomador é impositiva e o CTCRC deve ser emitido sem destaque de imposto. Uso indevido de imposto destacado em alguns CTCRCs. Infração subsistente. **c)** SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE CARGAS. Operações isentas. Comprovado o indevido uso de crédito fiscal. Infração subsistente. **d)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. VALOR SUPERIOR EM PROPORÇÃO ÀS SAÍDAS OU PRESTAÇÕES DESTINADAS AO EXTERIOR. Infração não impugnada. **2. FALTA DE RECECOLHIMENTO. a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Impugnante protesta apenas em relação à multa vigente corretamente proposta por entendê-la confiscatória, caráter que não pode ser analisado em foro administrativo. Infração subsistente. **b)** DIFERIMENTO. AQUISIÇÃO DE REFEIÇÕES PARA FUNCIONÁRIOS. Infração parcialmente elidida mediante comprovação e exclusão de NFs referente a materiais de construção. Infração parcialmente subsistente. **c)** DESENVOLVE. DIFERENÇA ENTRE VALOR APURADO NA EFD E O DECLARADO DA DMA. Inexistência de cancelamento ou desconconsideração de benefício fiscal alegada. Infração subsistente. Recomendada verificação de pertinência de lançamento complementar em face do art. 18 do Decreto 8.205/02. **d)** DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. **d.1)** MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **d.2)** MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. Infrações não impugnadas. **f)** SERVIÇO INTERMUNICIPAL DE CARGAS. Embora o inciso XCIV do art. 265 do RICMS-BA que regulamentava a isenção tenha sido revogado, as operações internas permaneceram isentas até 31/12/2018 por força do art. 12 da Lei nº 8.534/02, revogado pela Lei nº 14.037, de 20/12/2018, efeitos a partir de 01/01/2019, o que abrange o período autuado. Infração insubsistente. **g)** SERVIÇO DE INTERMUNICIPAL DE PESSOAS. A substituição tributária pelo tomador do serviço é impositiva, devendo emitir NF nos termos do então vigente § 3º, do art. 298, do RICMS-BA. Infração subsistente. **h)** SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAIS DE CARGAS. OPERAÇÕES SUCESSIVAS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO.

A substituição tributária pelo tomador do serviço é impositiva; o CTCR deve ser emitido sem destaque de imposto. Não havendo forma definida, a contratação do serviço pode ser escrita ou tácita. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTADAS. MULTA. Alegação defensiva se limita a arguir caráter confiscatório da multa legalmente vigente para a infração, o que não pode ser apreciado em foro administrativo. Infração subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. FALTA DE REGISTRO. Infração parcialmente elidida em face de exclusão de NFs comprovadamente escrituradas, ainda que em período posterior ao da efetiva entrada no estabelecimento. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 14/12/2018 para exigir ICMS no valor de R\$208.610,79, mais encargos legais, com as seguintes imputações:

Infração 01 – 01.02.42. Utilizou indevidamente crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório ao direito do referido crédito, Valor: R\$773,82. Período: Janeiro, Março, Maio e Julho 2015. Enquadramento legal: Art. 31 da Lei 7014/96 c/c art. 309 do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96;

Consta da descrição: Contribuinte usuário de EFD, utilizou-se de crédito fiscal, através do LRAICMS, na rubrica “outros créditos”, valores referentes a ICMS tomado por aquisição de serviços de comunicação, sem ter lançado, em seu LE (CFOP 1302), documentos que pudessem suportar tal crédito. Parte integrante do AI e entregue cópia ao contribuinte, cópia do espelho deste último livro, por CFOP, além do levantamento fiscal – Utilização Indevida / a maior de crédito fiscal de comunicação.

Infração 02 – 01.02.94. Utilizou indevidamente crédito fiscal, referente aquisição de Serviço de Transporte sujeito a Substituição Tributária. Valor: R\$10.792,80. Período: Agosto 2016, janeiro a Abril, Junho e Julho 2017. Enquadramento legal: Arts. 94, 05, 114, 380, II e 382, I do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “f” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 - Contribuinte usuário de EFD, adquiriu serviço de transporte interestadual de cargas por prestações sucessivas, de transportador inscrito na SEFAZ-BA e, além de não fazer a retenção e recolhimento do ICMS devido sobre a operação, utilizou-se indevidamente, no LRE daqueles exercícios (transmitidos através de EFD), de crédito fiscal sobre tais operações.

Em anexo, cópia dos dados cadastrais do transportador; cópia do extrato da arrecadação do autuado, da memória de cálculo da exação por operações de ST fornecida pelo contribuinte, e xerox de CTCRs elencados no levantamento.

Infração 03 - 01.02.94. Utilizou indevidamente crédito fiscal, referente aquisição de Serviço de Transporte sujeito a Substituição Tributária. Valor: R\$4.116,15. Período: Julho, Setembro, Outubro, Novembro e Dezembro 2016, Janeiro a Agosto 2017. Enquadramento legal: Arts. 94, 05, 114, 380, II e 382, I do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “f” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 - Contribuinte usuário de EFD, adquiriu serviço de transporte intermunicipal / interestadual de cargas por prestações sucessivas, de transportador

inscrito na SEFAZ e, além de não fazer a retenção e recolhimento do ICMS devido sobre a operação, utilizou-se indevidamente, nos LRE daqueles exercícios (transmitidos através de EFD), de crédito fiscal sobre tais operações.

Em anexo, cópia dos dados cadastrais do transportador; cópia do extrato da arrecadação do autuado, da memória de cálculo da exação por operações de ST fornecida pelo contribuinte, e xerox de CTRCS, no levantamento elencados.

Infração 04 - 01.03.09. Utilizou indevidamente crédito fiscal relativo a aquisição de serviço de comunicação em proporção superior às saídas ou prestações destinadas ao exterior. Valor: R\$82,21. Período: Junho 2015. Enquadramento legal: Art. 31 da Lei 7014/96 c/c art. 309, III, “b” do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 - Contribuinte usuário de EFD, utilizou-se de crédito fiscal relativo a serviço de comunicação adquirido em julho 2015, em valor superior ao permitido pela lei 7014/96 – art. 29, § 1º, IV, “a”, “2”.

Infração 05 - 02.01.02. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Valor: R\$1.825,83. Período: Agosto e Setembro 2016. Enquadramento legal: Art. 2º, I e 32 da Lei 7014/96 c/c art. 332, I, § 6º do RICMS-BA. Multa: 100%, art. 42, III, “a” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 - Contribuinte usuário de EFD, deixou de lançar no LRSaídas, operações que ensejaram a emissão de NFs com destaque do imposto, que não foi recolhido.

Anexo, cópias das NFs elencadas no levantamento, obtidas no Portal da NF-e.

Infração 06 - 02.04.03. Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Valor: R\$28.140,96. Período: Janeiro 2015 a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 2º, I e 32 da Lei 7014/96 c/c art. 286, VII e § 2º do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 - Contribuinte usuário de EFD, adquiriu refeições para consumo dos funcionários, sujeitas a Diferimento, de diversos fornecedores, cfe contratos e dados cadastrais anexos, não recolhendo o ICMS. Intimado, afirmou não ter recolhido o imposto. Integram o AI: a) Levantamento Fiscal – Diferimento - Refeições tomadas para consumo por parte dos funcionários, cuja cópia foi entregue ao autuado; b) Cópias de NFs emitidas pelos fornecedores, Memória de Cálculo do ICMS devido, extrato da arrecadação 2015, 2016 e 2017, cujos valores foram considerados no levantamento.

Infração 07 - 02.12.02 - Deixou de recolher ou recolheu parcialmente o valor declarado em EFD – Escrituração Fiscal Digital, referente ao ICMS Normal. Valor: R\$32.550,69. Período: Março 2015. Enquadramento legal: Arts. 32, 34, III e VIII da Lei 7014/96 c/c art. 247 do RICMS-BA. Multa: 50%, art. 42, I da Lei 7014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2016 - Contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, conforme Resoluções 47/2006, 135/2009 e 05/2014, lançou na EFD, referente a março 2016, ICMS devido de R\$222.132,76 e na DMA apenas R\$189.582,07 (apenas o saldo devedor, débito declarado, cópia anexa), devendo a diferença exigida, conforme demonstrativo Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS/DESENVOLVE (Código Receita 0806), anexo que é acompanhado do extrato de arrecadação do contribuinte em 2014 a 2018, Levantamento Fiscal – Espelho das Entradas e Saídas, cfe registrado na EFD, bem como Levantamentos Fiscais e Outros Créditos – oriundos da mesma fonte.

Infração 08 - 06.02.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento. Valor: R\$13.612,99. Período: Janeiro, Fevereiro, Abril a Junho, Agosto a Dezembro 2015, Janeiro a Julho e Outubro 2016, Janeiro, Maio, Junho a Outubro

e Dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 4º, XV da Lei 7014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 – Contribuinte, usuário de EFD, adquiriu produtos destinados a uso/consumo da empresa, sem, entretanto, recolher/recolhendo a menos, o diferencial de alíquota devido por tais operações.

Parte integrante deste AI e em cópia entregue ao autuado - Levantamento Fiscal – DIFAL / USO e CONSUMO. Ainda em anexo, cópia das NFs relacionadas, extrato da arrecadação do contribuinte, Levantamento Fiscal – outros débitos – conforme registrado na EFD da autuada e cópia dos Pareceres DITRI nº 4.967 e 843 / 2012.

Infração 09 – 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Valor: R\$17.165,11. Período: Janeiro, Fevereiro e Novembro 2015, Fevereiro e Março 2016, Outubro a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 4º, XV da Lei 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 – Contribuinte, usuário de EFD, adquiriu em operações interestaduais produtos destinados a uso/consumo da empresa, as escriturando como aquisição para o ativo imobilizado por possuir a Res. DESENVOLVE nº 47/2006 outorgando diferimento de lançamento e pagamento do imposto sobre aquisição de bens destinados ao ativo.

Parte integrante deste AI e em cópia entregue ao autuado - Levantamento Fiscal – DIFAL / USO e CONSUMO. Ainda em anexo, cópia das NFs relacionadas, extrato da Espelho da Apuração do ICMS, relativo ao período fiscalizado.

Infração 10 – 07.14.03. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Valor: R\$4.255,20. Período: Julho, Setembro a Dezembro 2016, Janeiro a Agosto 2017. Enquadramento legal: Art. 34, III da Lei 7.014/96 c/c art. 298 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 – Contribuinte, usuário de EFD, adquiriu serviço de transporte intermunicipal / interestadual de cargas, de empresas inscritas como NO, PP ou ME no Cadastro Estadual, com apuração do ICMS através da conta corrente fiscal: a) Transportadora João Paulo Ltda. – IE 43.347.072. Por imposição legal, o tomador do serviço de transporte deve reter e recolher o ICMS incidente nas prestações sucessivas de serviço intermunicipal (desde 01/06/2016) ou interestadual de transporte de CARGAS, cujo transportador seja inscrito no Cadastro Estadual como NO, PP ou ME, com apuração pela conta corrente fiscal (Art. 265, XCIV, c/c art. 298 do RICMS-BA/2012).

Regularmente intimado, a autuada apresentou Memória de Cálculo das operações realizadas e valores recolhidos. Constatou-se, através da EFD, operações não elencadas na Memória de Cálculo apresentada, cujo ICMS devido não foi recolhido, pelo que foi autuada.

Parte integrante deste AI e em cópia entregue ao autuado - Levantamento Fiscal – Transporte de CARGAS / Operações Internas – Falta de ST e crédito Indevido, e cópia de CTCs e Extrato da Arrecadação da empresa.

Infração 11 – 07.14.03. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Valor: R\$4.4918,59. Período: Fevereiro. Junho, Agosto a Dezembro 2015. Janeiro a Junho 2016 e Novembro 2017. Enquadramento legal: Art. 34, III da Lei 7.014/96 c/c art. 298 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 – Contribuinte, usuário de EFD, adquiriu serviço de transporte intermunicipal / interestadual de cargas, de empresas inscritas como NO, PP ou ME no Cadastro Estadual, com apuração do ICMS através da conta corrente fiscal:

- a) Atmo Transportes Ltda.;
- b) Turim Transportes e Serviços Ltda.;
- c) Empresa de Transportes Santan e São Paulo Ltda.;
- d) Lis Transportes e Turismo Eireli;
- e) Viação Cidade das Águas Ltda.;
- f) Fiuza Car Ltda.

Por imposição legal, o tomador do serviço deve reter e recolher o ICMS sobre as operações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal de passageiros. Intimado, o autuado apresentou Memória de Cálculo das operações realizadas e valores recolhidos. Os dados foram cruzados com os registros da EFD e as operações omitidas da na memória são objetos da exação.

Integram o AI: a) Levantamento Fiscal – ST Transporte de pessoas; b) Extrato de Arrecadação da empresa.

Infração 12 – 07.14.03. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Valor: R\$33.756,42. Período: Janeiro, Maio, Agosto a Outubro 2015, Janeiro, Março a Outubro 2016, Janeiro a Abril, Junho a Agosto 2017. Enquadramento legal: Art. 34, III da Lei 7.014/96 c/c art. 298, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 – Contribuinte, usuário de EFD, adquiriu serviço de transporte intermunicipal / interestadual de pessoas, de empresas inscritas como NO no Cadastro Estadual, com apuração do ICMS através da conta corrente fiscal:

- a) Rajan Transportes Com. E Ind. Ltda.;
- b) Supricel Logística Ltda.;
- c) Tranzape Transp. Rodoviário Ltda.;
- d) Transportes Tesba Ltda;

Por imposição legal, o tomador do serviço deve reter e recolher o ICMS sobre as operações sucessivas de transporte interestadual de cargas prestadas por empresas inscritas na condição de NO. Intimado, o autuado apresentou Memória de Cálculo das operações realizadas e valores recolhidos. Os dados foram cruzados com os registros da EFD e as operações omitidas da na memória são objetos da exação.

Integram o AI: a) Levantamento Fiscal – ST Transporte de Cargas; b) Extrato de Arrecadação da empresa.

Infração 13 – 07.15.03. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor: R\$42.214,75. Período: Julho a Dezembro 2015, Janeiro a Março, Outubro e Junho 2016 e Outubro e Novembro 2017. Enquadramento legal: Art. 12-A, da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 – Contribuinte, usuário de EFD, adquiriu mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sem, entretanto, efetuar o recolhimento dos valores referentes à antecipação parcial. Como tributou as mercadorias na saída posterior, sujeita-se à multa de 60%.

Como parte integrante deste AI, cópia das NFs e Levantamentos Fiscais – Outros Créditos e Outros Débitos, conforme registrado na EFD.

Infração 14 – 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (is) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no Valor: R\$14.405,27. Período: Janeiro 2015 a Dezembro

2017. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: Exercícios 2015, 2016 e 2017 – Contribuinte, usuário de EFD, deixou de lançar diversas NFs, fato detectado na comparação entre NF-e emitidas pelos fornecedores e lançamentos na EFD.

Como parte integrante deste AI e cópia entregue ao contribuinte - Levantamento Fiscal – NFs emitidas por terceiros não lançadas na EFD. O demonstrativo contempla NFs de mercadorias com e sem tributação, pois a multa foi unificada.

O contribuinte impugnou o Auto de Infração (fls. 906-933). Após reproduzir as infrações, parcialmente protesta o mérito do AI, na seguinte ordem:

Infração 02

Diz que a acusação fiscal não condiz com a realidade dos fatos. Primeiramente, destaca haver erro material, uma vez que o Dec. 6.284/97 foi revogado pelo Dec. 13.780/2012, fato que entende levar nulidade à infração. Ademais, utilizou como crédito fiscal o imposto destacado no Conhecimento de Transporte da empresa Transporte TESBA Ltda., pois, sendo regulamente inscrita na Bahia, ela (autuada) não se enquadra como substituto tributário, o que atende o art. 298 do RICMS-BA/2012, reproduzido.

Também destaca que nas NFs em discussão (anexos das infrações 02 e 12), no campo “Informações relativas a impostos”, a transportadora informa a situação tributária “00 – TRIBUTAÇÃO NORMAL DE ICMS”, bem como no local onde deveria constar o valor do tributo, nada consta registrado.

No mais, o transcrevendo, diz que a autuante se olvidou de aplicar o art. 12 da Lei 8.534/02 que dispensa pagamento de ICMS para o presente caso.

Quanto à utilização de créditos advindos da prestação de serviço de transporte da Transporte TESBA Ltda., diz se encontrar regular, tendo em vista que o frete dá direito a utilização de crédito de ICMS.

Por fim, conforme diz demonstrado nos destaques das NFs anexadas à Impugnação, o Conhecimento de Transporte da RAJAN Transp. Com. Ind. Ltda., não foi utilizado o crédito do ICMS, o que contraria as informações constantes no AI.

Assim, alega que a infração está viciada, razão pela qual deve ser declarada nula ou improcedente, caso não se reconheça a nulidade.

Infração 03

Como a acusação se assemelha à anterior, além da citação do enquadramento em dispositivo legal revogado e reprodução do art. 298, I, do RICMS-BA/2012, observa que a empresa Transportadora João Paulo Ltda. é inscrita na Bahia e que nas NFs em discussão (Anexos 03 e 10), no campo “informações relativas a impostos”, a transportadora informa a situação tributária “00 – TRIBUTAÇÃO NORMAL DE ICMS”, bem como no local onde deveria constar o valor do tributo, nada consta registrado.

Informa que, conforme documentos que anexa à Impugnação e contrariando a acusação, não utilizou crédito fiscal.

Assim, também alega que a infração está viciada, razão pela qual deve ser declarada nula ou improcedente, caso não se reconheça a nulidade.

Infração 05

Diz que deve ser anulada por violação aos princípios da ampla defesa e contraditório, uma vez que não se indicou nos documentos disponibilizados à autuada, os números das NFs que não teriam sido lançadas. Ademais, diz, “o enquadramento legal que embasa a aplicação da

multa é genérico e não especifica qual alínea aplica-se ao caso, o que viola o direito da Autuada, além de possuir caráter confiscatório”. Logo, deve ser julgada improcedente.

Infração 06

Destaca que se está cobrando ICMS por refeição de hotel que já teria recolhido o imposto, conforme diz comprovar as NFs anexas constando o imposto destacado com alíquota de 18% (Anexo Infração 06 – com destaques) e caso ela, autuada, também recolhesse haveria ilegal duplicidade. Além disso, fala que no relatório da autuante consta cobrança de materiais que não possuem relação com a descrição da infração de “refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários”, pois se referem a aquisição de materiais de construção, entre outros:

- 1) NOVA COMCAL TUDO PARA CONSTRUÇÃO EIRELI – Cimento, brita, areia, equipamentos, lixa, tinta, argamassa, rejunte, bloco de cerâmica, tanque, etc.;
- 2) NEWSUL S/A EMBALAGENS E COMPONENTES – PVC;
- 3) LUMINAR MAT. ELÉTRICOS LTDA – Luminária, cabo, etc.;
- 4) COATLAND IND. CCOM. REP. E IMP. LTDA. – Fibra, resina, tinta, etc.

Assim, também alega que a infração está viciada, razão pela qual deve ser declarada nula ou improcedente, caso não se reconheça a nulidade.

Infração 07

Reproduzindo o art. 3º da Lei 7.980/2001, instituidora do DESENVOLVE, diz caber ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE conceder o diferimento em pauta, como concedido à autuada, mas que foi desconsiderado/revogado pela autuante ao lhe impor, “arbitrariamente”, valores desproporcionais aos previstos pelo programa, bem como lançou o imposto com alíquota de 18%, sem considerar os destinos e as aplicações dos produtos, os quais possuem alíquotas diferenciadas.

Isto significa, diz, que ao retirar o incentivo concedido pelo Programa das parcelas constantes no AI, e taxar mercadorias incentivadas com alíquota de 18%, a Auditora Fiscal praticou um ato ilegal que o nulifica.

Para suporte do argumento, reproduz excerto doutrinário de Maria Silvia Zanella Di Pietro, o art. 2º do Decreto nº 6.641/2008 que trata das atribuições do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal.

Aduz que § 2º do art. 19 do Regulamento do DESENVOLVE determina que o cancelamento a benefício fiscal do programa se dá por resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva do DESENVOLVE, o que não ocorreu, pois a autuada não se enquadrou nas possibilidades de cancelamento previstas no caput do artigo citado, de modo que a infração deve ser declarada nula por ilegitimidade e incompetência da autuante em revogar/cancelar um incentivo fiscal vigente.

Infração 10

Diz que acusação fiscal não possui respaldo legal como apontado no AI, pois não descumpru suas obrigações fiscais vez que, reproduzindo o art. 298, I, do RICMS-BA, a legislação vigente à época dos fatos geradores, não qualificava a autuada como sujeito passivo por substituição, já que a empresa Transportadora João Paulo Ltda., é inscrita na Bahia. Além disso, destaca que nas NFs em discussão (Infração 03 e 10), no campo “informações relativas a impostos”, a empresa informa a situação tributária “00 – TRIBUTAÇÃO NORMAL DE ICMS”, bem como não nelas não há imposto destacado.

Arguindo a improcedência da Infração, aduz que a autuante olvidou de aplicar o art. 12 da Lei 8.534/02, reproduzido, dispensa pagamento de imposto no presente caso.

Infração 11

Reproduzindo o § 3º, I, do art. 298 do RICMS-BA, alega sua disposição aqui se aplicar, de modo que a Transportadora é quem deveria ter destacado o ICMS para o recolhimento, o que não ocorreu, fato que, entende, exclui a responsabilidade da autuada pela infração.

Fala que a autuada não teve acesso às NFs origem da infração, o que violaria seu direito à ampla defesa e contraditório, de modo que a acusação estaria viciada, cuja consequência deve ser a declaração de nulidade, ou improcedência, vez que não descumpriu a legislação apontada como infringida.

Infração 12

Diz que acusação fiscal não possui respaldo legal como apontado no AI, pois não descumpriu suas obrigações fiscais vez que, reproduzindo o art. 298, I do RICMS-BA, a legislação vigente à época dos fatos geradores, conforme se observa nas informações fornecidas pelas empresas transportadoras, elas eram inscritas na Bahia.

Além disso, destaca que nas NFs em discussão (anexo Infração 12), no campo “informações relativas a impostos”, a empresa informa a situação tributária “00 – TRIBUTAÇÃO NORMAL DE ICMS”, bem como não nelas não há imposto destacado.

Arguindo a improcedência da Infração, aduz que a autuante olvidou de aplicar o art. 12 da Lei 8.534/02, reproduzido, dispensa pagamento de imposto no presente caso.

Infração 13

Afirma que a penalidade aplicada é desproporcional e confiscatória, pois, apesar de o CTN não prever limite à imposição de multas tributárias, há que ver que seus valores não podem ser de montante elevados, de modo que viola os direitos e garantias constitucionais relativos à propriedade, à capacidade contributiva ou à vedação ao confisco.

Reproduz o art. 5º, LVI, da CF/88 e 150 do CTN, para fundamentar o alegado efeito confiscatório das penalidades propostas, de modo que devem ser afastadas no juízo administrativo.

Infração 14

Afirma que a acusação fiscal não condiz com a realidade dos fatos. As NFs relacionadas foram lançadas no mês subsequente, conforme diz comprovar os documentos anexos (Anexo da Infração 14). Diz que as NFs são de 12/2017 e foram escrituradas em 01/2019 (APÓS A FISCALIZAÇÃO). Ademais, diz existirem NFs que não foram lançadas em face de terem sido canceladas por recusa de recebimento, devido a desacordos comerciais, razão pela qual a infração deve ser julgada improcedente.

Concluindo, pede que: a) a Defesa seja conhecida; b) seja declarada a nulidade e/ou improcedência das infrações contestadas, por conta dos erros do levantamento realizado pela Autuante que não encontra suporte na contabilidade.

Às fls. 1166/1178 foi prestada informação fiscal. Destaca que o protesto se refere às infrações 2, 3, 5, 7, 10, 11, 12, 13 e 14, e que o Impugnante acata tacitamente as infrações 01, 04, 08 e 09.

Rebate o protesto às infrações na seguinte ordem:

Infração 02

Informa que o contribuinte, usuário de EFD, adquiriu serviço de transporte interestadual de carga, por meio de prestações sucessivas por transportadores inscritos no Cadastro da SEFAZ-BA (fls. 169-180) e, além de não reter e recolher ICMS sobre as operações, indevidamente utilizou crédito fiscal sobre as operações, conforme registrado na EFD.

Após resumir a alegação defensiva, diz que o equívoco do enquadramento legal é superável com a disposição do art. 19 do RPAF expressando que “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 evidente o enquadramento legal”.

Informa que o autuado contrariou Parecer GETRI nº 17.445/12, art. 298, II e § 5º, I do RICMS-BA/2012; o art. 31 da Lei 7014/96 e o art. 123 do CTN.

Quanto à alegada ilegitimidade passiva da obrigação tributária como tomador do serviço de transporte por prestações sucessivas em face do transportador TESBA Ltda. ser cadastrado na Bahia, cujos CTES constam das fls. 175-178, relativas a operações interestaduais iniciadas na Bahia, enfatizando não haver ICMS destacado nos CTES e cujo crédito foi glosado, diz que embora a ninguém seja dado desconhecer a Lei (Código Civil: art. 3º) e que o crédito só pode ser tomado quando corretamente calculado, faz as seguintes considerações:

- a) Que os créditos glosados foram tomados sobre conhecimentos de transporte diversos, de vários transportadores (não apenas a TESBA) lançado no LRE. Fala que tais CTES não são documentos idôneos para atribuir crédito em tais operações, pois os transportadores relacionados não são sujeitos passivos da obrigação, nos termos do art. 298, do RICMS-BA; o sujeito passivo é o tomador do serviço na condição de substituto tributário e que, salvo disposições em lei, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias (CTN: art. 123);
- b) Que nas operações de transporte sujeitas a ST, conforme está no art. 382, § 1º, I do Dec. 6284/97 e art. 298, § 5º, I do RICMS-BA/2012, a emissão dos CTES será sem destaque do imposto, informando “Substituição Tributária – RICMS art. 382 / 298”;
- c) Que, conforme art. 31 da Lei 7014/96, “o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, está **condicionado** à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos **prazos e condições estabelecidos na legislação**”. (grifos no original);
- d) Que o art. 8º, V, § 7º, da Lei 7014/96 afirma que “o responsável por substituição sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária”;
- e) Que a autuada não emitiu nem escriturou os documentos fiscais, nem recolheu o imposto devido na forma voluntária, conforme art. 298, § 2º, III, “c” do RICMS-BA; assim como os CTES não escriturados não estão na forma prevista no art. 298, § 5º, I do RICMS-BA, nem tampouco há lançamento de valores no LRAIXMS;
- f) Que no momento dos fatos geradores dos créditos (2015 a 2017), com a indevida apropriação de créditos, a autuada se beneficiou, por diversos meses, apurando e recolhendo menos ICMS em prejuízo do Estado. Pede seja observado nos demonstrativos de fls. 144 a 146, Coluna “D”, que a autuada não usou crédito indevido em todos os períodos, mas, apenas nos meses autuados;
- g) Que à época dos fatos geradores (2015 a 2017), o ICMS devido por serviço de transporte por operações sucessivas sequer estava lançado e foi objeto de exação por outra infração (Infração 12);
- h) Que a data de vencimento sobre fatos geradores da Infração 02 (crédito indevido) é dia 09 do mês subsequente e a data de vencimento sobre os fatos geradores da Infração 12 (falta de recolhimento do ICMS ST Transporte é dia 15 do mês subsequente;
- i) Que, nos termos dos arts. 73 e 74 do RPAF, caso os transportadores tenha recolhido ICMS das operações, cabe a eles apresentar Pedido de Restituição.

Lembra, ainda, que nem todos os valores oriundos da quitação de Auto de Infração podem ser utilizados como crédito fiscal (v.g., ICMS por saída de mercadorias tributáveis como não tributáveis, crédito indevido sobre questões para uso / consumo, diferimento sobre refeições adquiridas para consumo por parte de funcionários, etc.).

Mantém a exação pela infração 02.

Infração 03

Contra a alegação de nulidade por conta do incorreto enquadramento da infração, como feito par a anterior infração, repete a previsão do art. 19 do RPAF.

Contra à alegação relativa ao Transportador João Paulo (IE 43.347.072), diz que o LRE informado na EFD contradiz o argumento defensivo, já que, ao contrário, comprova-se a utilização indevida do crédito fiscal.

Registra que o art. 265, XCIV do RICMS-BA, que tratava da isenção nas prestações internas de serviço de transporte de cargas foi revogado (efeitos a partir 01/06/2016); a isenção foi reincluída pelo inciso CXIII do art. 265, com efeitos a partir de 01/01/2019 e que no período autuado as operações eram normalmente tributadas, razão pela qual mantém a exação pela Infração 03.

Infração 05

Diz que o contribuinte não nega a infração e, portanto, deve incidir a disposição do art. 143 do RPAF porque as provas da infração constam autuadas e que a multa aplicada decorre da ocorrência do fato descrito na lei como infração e não da vontade do autuante.

Infração 06

Diz que embora alegue que um dos fornecedores das refeições seria um hotel e o ICMS já teria sido pago pelo fornecedor, o Impugnante não nega se tratar de refeição para consumo de empregados da empresa autuada.

Reproduzindo o art. 136 do CTN, diz que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente, sendo o autuado o substituto tributário em face do diferimento previsto na legislação.

Concede razão ao Impugnante quanto à indevida inclusão de algumas NFs não relacionadas à infração (fls. 1098-1130). As exclui na oportunidade da Informação Fiscal e elaborou novo demonstrativo do débito da infração, cuja cópia foi entregue ao contribuinte em atenção ao parágrafo 1º do art. 18, do RPAF, reproduzido.

Aduz que os artigos citados na autuação não são interpretativos e sim impositivos e o fornecimento de refeições para consumo de funcionários do contratante/destinatário/tomador, sujeita-se a diferimento de lançamento e pagamento do imposto e, no caso, considerou todos os recolhimentos identificados para as operações diferidas.

Assim, em face do ajuste efetuado, pede que a infração seja julgada parcialmente procedente.

Infração 07

Após resumir a alegação defensiva para essa infração, diz que ela não corresponde à infração e que, ao contrário do alegado, considerou, sim, as Resoluções do DESENVOLVE.

Afirma que, conforme art. 38 da Lei 7014/96, quando o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição e ela não sendo satisfeita, o imposto será devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação e que não recolhendo integral ou parcialmente o valor do imposto declarado devido no dia estabelecido para pagamento voluntário, implica nas consequências descritas no art. 18 da Lei 8.205/02.

No caso, diz, a autuação e funda em documentos produzidos pelo contribuinte, conforme anexos autuados. Informa que a situação foi discutida com a empresa no curso do procedimento fiscal (vide fl. 55).

Informa que, embora não tenha sido objeto de contestação, a data da ocorrência corretamente aposta no texto da infração 31/03/2016, foi lançada 31/03/2015 no demonstrativo do débito (fl. 14), o que agora corrige na forma prevista no parágrafo 1º do art. 18 do RPAF.

Infração 10

Rebatendo a Impugnação, diz que por imposição legal, o tomador do serviço de transporte deve reter e recolher o ICMS incidente nas prestações sucessivas de serviço intermunicipal desde 01/06/2016 ou interestadual de transporte de cargas, cujo transportador seja inscrito na Bahia como

NO, PP, ou ME com apuração pela conta corrente fiscal (art. 265, XCIV c/c art. 298 do RICMS-BA/2012).

Informa que ante intimação o contribuinte autuado apresentou Memória de Cálculo das operações realizadas com a Transportadora João Paulo e valores recolhidos e constatou, através da EFD, operações não elencadas na Memória de Cálculo apresentada, motivo dessa exação, conforme demonstrativo “Levantamento Fiscal – Transporte de Cargas / Operações Internas – Falta de ST e crédito Indevido” e cópia dos CTCs e Extrato de Arrecadação, autuados.

Aduz que a negativa de sujeição passiva do Impugnante contraria a disposição do art. 298 do RICMS-BA/2012.

Por fim, afirma não ser verdade a alegada falta de acesso aos documentos fiscais que deram origem à infração, pois os CTES do transportador constam da autuação (fls. 201-237) e são acessíveis via chave de acesso ao ambiente virtual dos documentos fiscais, pois elas estão indicadas no demonstrativo suporte da infração, do qual cópia foi entregue ao autuado.

Mantém a exação.

Infração 11

Por ser mesma infração que a anterior, mudando apenas os prestadores do serviço de transporte (Atmo Transportes Ltda., Turim Transportes e Serviços Ltda., Empresas de Transporte Santana e São Paulo Ltda., Lis Transporte e Turismo Eireli, Viação Cidade das Águas Ltda. e Fiuza Car Ltda.), a informação fiscal repete a informação prestada à anterior infração, sendo que o demonstrativo suporte consta às fls. 498-500, CTES às fls. 1132-1133 e Extrato da Arrecadação às fls. 27-37.

Mantém a exação.

Infração 12

Por ser mesma infração que a anterior, mudando apenas os prestadores do serviço de transporte (Rajan Transp. Com. Ind. Ltda., Supricel Logística Ltda., Transzape Trans. Rodoviários Ltda. e Transportes Tesba Ltda.), a informação fiscal repete a informação prestada à anterior infração, sendo que o demonstrativo suporte consta às fls. 144-147, CTES às fls. 175-178 e Extrato da Arrecadação às fls. 27-37.

Aduz que a repetição do Impugnante ao fato de os transportadores estarem inscritos e que deveriam ter destacado o ICMS significa esforço para se evadir da sujeição passiva, inobstante a disposição do art. 123 do CTN informando que, salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem se opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Informa que a alegada isenção para operações internas de transporte é mero argumento protelatório, pois no levantamento fiscal suporte (fls; 144-147), apenas consta operações interestaduais.

Mantém a exação.

Infração 13

Diz que o Impugnante não nega e tacitamente acata a infração. Aduz que, conforme correspondência de fl. 540, assumiu o cometimento da infração acusada e na Impugnação se resume a contestar o percentual da multa por entende-la confiscatória, aspecto que ela, autuante, vê-se impedida de se pronunciar a respeito.

Mantém a exação.

Infração 14

Diz que o Impugnante afirma que as NFs 46.520, 182054, 230859, 16214, 204887 e 52581 foram lançadas em janeiro 2018, o que afirma ser verdade.

Quanto a NF 3902 (fls. 1156-1157) e 46016 (fls. 1161-1163) acostadas pelo Impugnante, sob alegação de terem sido recusadas, informa que a 3902 (1159) não interfere na exação porque foi lançada sem valor no levantamento fiscal; a NF 46015 (fl. 1160) não foi objeto de autuação e a NF 46016, de 29/08/2017, conforme fls. 1188, possui situação “AUTORIZADA” no ambiente da NF-e.

Refaz o procedimento fiscal excluindo as NFs comprovadamente escrituradas na forma prevista pelo parágrafo 1º do art. 18 do RPAF e pede que a infração seja tida como parcialmente procedente.

Apresentando novo demonstrativo de débito para as infrações que teve contraprovas acolhidas (Infrações 06, 07 e 14, fls. 1189-1191).

Intimado para conhecer a Informação Fiscal, o contribuinte retorna aos autos às fls. 1197-1199. Refuta as informações da autuante relacionadas às infrações 02, 11 e 12, no que diz respeito à sua responsabilização fundada no art. 298, II, do RICMS-BA/2012, alegando não ter havido repetidas prestações de serviços vinculadas a contrato, conforme exige a literalidade da legislação. Afirma que as operações ocorreram isoladamente, sem vínculo contratual.

Reafirma que as NFs informam a situação tributária “00 – TRIBUTAÇÃO NORMAL DE ICMS”, não contém destaque de imposto e a cobrança configura “*bis in idem*”, razões pelas quais devem ser julgadas improcedentes.

Com relação à Infração 05 diz não ser verdade a afirmativa “o contribuinte não nega a infração autuada”. Fala não haver confissão de infração sobre a qual não houve acesso às informações que a embasam, razão pela qual a mesma foi refutada na defesa. Repete que apenas lhe foi “disponibilizado apenas o espelho o CFOF, no qual não consta os números das notas fiscais aqui discutidas, impossibilitando a verificação daquilo que lhe foi imputado”.

Quanto à Infração 06, destaca que as NFs 35714 e 35716 são de materiais de construção e não de refeições. Aduz que a situação “autorizada” da consulta completa sobre NF-e 46016 comprova os argumentos da defesa inicial, de que, apesar de constar “autorizada”, a NF foi cancelada, constando “a recusa pelo fornecedor no verso da nota, não existindo obrigatoriedade de escrituração. Anexa também a recusa da Nota Fiscal 3902”.

Conclui reiterando os termos da Defesa inicial.

Às fls. 1208-1213, a autuante rebate a manifestação do Impugnante.

Infração 02

Diz que o Impugnante repete argumentos utilizados na Defesa, os quais já rebateu, não apresenta fato novo. Nesse sentido informa que a presença de contrato escrito “há muito foi descartada como documento obrigatório da relação entre as partes”, como visto no Parecer Getri nº 17.745, desde 24/07/2012.

Mantém a exação.

Infração 03

Diz se referir a aquisição de serviço de transporte intermunicipal / interestadual de carga por meio de prestações sucessivas sujeitas a substituição tributária, cujos cadastros dos prestadores constam às fls. 169-174 e que, além de não reter nem recolher o imposto devido, indevidamente utilizou como crédito fiscal o imposto destacado nos CTEs (fls. 201-237), destaque que reputa infundado, cujo demonstrativo suporte, servindo às infrações 03 e 10, constam às fls. 189-190.

Mantém a Infração.

Infração 05

Refuta a alegação defensiva de ausência de número das NFs objeto da autuação porque isso consta do demonstrativo suporte de fl. 238 (inclusive com chave de acesso), cuja cópia foi recebida pelo autuado.

Infração 06

Diz que as NFs 35714 e 35716 citadas pelo Manifestante como de aquisição de material de construção e não de refeições, não foram objeto de autuação e que ajustou a exação excluindo NFs estranhas ao objeto da infração, cujo novo demonstrativo suporte que ratifica, consta às fls. 1179-1183.

Infração 07

Diz que embora na nova manifestação o Impugnante não trate dessa infração, ratifica a informação fiscal que prestou às fls. 1172-1173.

Infração 10

Diz que por imposição legal, o tomador do serviço de transporte deve reter e recolher o ICMS incidente sobre as sucessivas prestações de serviço intermunicipal desde 01/01/2016, ou interestadual de cargas, cujo transportador seja inscrito na Bahia como NO, PP ou ME com apuração pela conta corrente fiscal (Art. 265, XCIV c/c art. 298 do RICMS-BA/2012) e a constatação da infração se deu analisando a EFD do contribuinte x Memória de Cálculo apresentada pelo contribuinte por força de intimação fiscal.

Infração 11

Rebate a alegada obrigatoriedade de contrato escrito, conforme exposto no Parecer Getri 17.745 e mantém a autuação, cujo demonstrativo suporte consta às fls. 498-500.

Infração 12

Por ser mesmo assunto e mesmo argumento defensivo, repete o dito para a anterior infração.

Infração 13

Diz que embora na nova manifestação o Impugnante não trate dessa infração, ratifica a informação fiscal que prestou às fls. 1176-1177.

Infração 14

Diz que na nova peça defensiva o Impugnante não se manifesta acerca das alterações efetuadas por ocasião da Informação Fiscal em face do acolhimento de parte das contraprovas apresentadas. Ratifica a informação fiscal que prestou às fls. 1177-1178, cujo novo demonstrativo suporte acostou às fls. 1184-1187.

Conclui pedindo que o AI seja julgado parcialmente procedente, conforme ajuste exposto na Informação Fiscal.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 14 (quatorze) infrações conforme se encontra detalhado no Relatório parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Examinando os autos, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais, e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 11, 20 e 1193, bem como do que se percebe no contraditório instalado, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho suporte das acusações indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte, cujas menções de entrega constam dos descritivos em todas as infrações; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (CDs constantes às fls. 17 e 234); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Atentando que as nulidades pedidas pelo Impugnante em protesto para as Infrações 05, 06, 07 e 11 não se aplicam por se fundarem em matéria de ordem material que serão apreciadas oportunamente nas respectivas análises de mérito, vê-se arguida na Impugnação a nulidade para as Infrações 02 e 03 tendo em vista indicação de enquadramento legal em dispositivos que tratavam da mesma matéria no RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97 (arts. 94, 95, 114, 380, II e 382, I), revogado pelo RICMS-BA aprovado pelo Dec. 13.780/2012, contendo semelhante disposição legal (art. 298, II).

O equívoco de fato ocorreu, mas, tendo em vista a completa descrição dos fatos que leva à clara e integral da compreensão das infrações, nenhum prejuízo a inicial inadequação trouxe ao sujeito passivo, até porque, como veremos exerceu amplamente seu direito de defesa apresentando alegações de mérito que serão apreciadas no curso de minha relatoria. Assim, com fundamento na disposição do art. 19, do RPAF, afasto a preliminar de nulidade arguida:

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 evidente o enquadramento legal.

Por não terem sido objeto da Impugnação, as infrações 01, 04, 08 e 09 não integram a lide administrativa e, com fundamento no art. 140 do RPAF, as tenho como procedentes:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

De logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Prestando reverência ao exercício do contraditório dentro do devido processo legal sem arranho aos princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário, passo a decidir sobre o mérito do caso.

Infrações 02 e 12

Por serem conexas, as Infrações 02 e 12 (respectivamente, uso indevido de crédito fiscal e falta de retenção e recolhimento de **operações interestaduais** de transporte de cargas), serão tratadas conjuntamente.

O demonstrativo suporte identificando: os documentos fiscais e seus números, data de emissão, Chave de Acesso, CNPJ do emitente, IE na SEFAZ-BA, UF origem, CFOP, Vlr Oper, BC, Aliq, ICMS cred Indevido constam às fls. 144-147 (Infração 02, que também serve à Infração 12),

Também destaca que nas infrações em discussão (anexos das infrações 02 e 12), no campo “Informações relativas a impostos”, a transportadora informa a situação tributária “00 – TRIBUTAÇÃO NORMAL DE ICMS”, bem como no local onde deveria constar o valor do tributo, nada consta registrado.

No mais, o transcrevendo, diz que a autuante se olvidou de aplicar o art. 12 da Lei 8.534/02 que dispensa pagamento de ICMS para operações internas.

Por fim, conforme diz demonstrado nos destaques das NFs anexadas à Impugnação, o Conhecimento de Transporte da RAJAN Transp. Com. Ind. Ltda. (IE 001.066.944), não foi utilizado o crédito do ICMS, o que contraria as informações constantes no AI. Alega que a infração está viciada e seja declarada nula ou improcedente, caso não se reconheça a nulidade.

Por sua vez, para as Infrações 02 e 12 (operações prestadas por empresas cadastradas na SEFAZ-BA na condição de NO (Rajan Transportes Com. E Ind. Ltda.; Supricel Logística Ltda.; Tranzape Transp. Rodoviário Ltda; Transportes Tesba Ltda.), a autuante informa que o autuado contrariou Parecer GETRI n. 17.445/12, art. 298, II e §5º, I, do RICMS-BA/2012; o art. 31 da Lei 7014/96 e o art. 123 do CTN e faz as seguintes considerações:

- a) Que os créditos glosados foram tomados sobre conhecimentos de transporte diversos, de vários transportadores (não apenas a TESBA) e lançados no LRE;
- b) Os CTES são inidôneos para atribuir crédito em tais operações, pois os transportadores relacionados não são sujeitos passivos da obrigação, nos termos do art. 298 do RICMS-BA; o sujeito passivo é o tomador do serviço na condição de substituto tributário e que, salvo disposições em lei, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias (CTN: art. 123);
- c) Que nas operações de transporte sujeitas a ST, conforme está no art. 382, § 1º, I do Dec. 6284/97 e art. 298, § 5º, I do RICMS-BA/2012, a emissão dos CTES será sem destaque do imposto, informando “Substituição Tributária – RICMS art. 382 / 298”;
- d) Que, conforme art. 31 da Lei 7014/96, “o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, está **condicionado** à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos **prazos e condições estabelecidos na legislação**”. (grifos no original);
- e) Que o art. 8º, V, § 7º, da Lei 7014/96 afirma que “o responsável por substituição sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária”;
- f) Que a autuada não emitiu nem escriturou os documentos fiscais, nem recolheu o imposto devido na forma voluntária, conforme art. 298, § 2º, III “c”, do RICMS-BA; assim como os CTES não escriturados não estão na forma prevista no art. 298, § 5º, I do RICMS-BA, nem tampouco há lançamento de valores no LRAICMS;
- g) Que no momento dos fatos geradores dos créditos (2015 a 2017), com a indevida apropriação de créditos, a autuada se beneficiou, por diversos meses, apurando e recolhendo menos ICMS em prejuízo do Estado. Pede seja observado nos demonstrativos de fls. 144 a 146, Coluna “D”, que a autuada não usou crédito indevido em todos os períodos, mas, apenas nos meses autuados;
- h) Que à época dos fatos geradores (2015 a 2017), o ICMS devido por serviço de transporte por operações sucessivas sequer estava lançado e foi objeto de exação por outra infração (Infração 12);
- i) Que a data de vencimento sobre fatos geradores da Infração 02 (crédito indevido) é dia 09 do mês subsequente e a data de vencimento sobre os fatos geradores da Infração 12 (falta de recolhimento do ICMS ST Transporte é dia 15 do mês subsequente);
- j) Que, nos termos dos arts. 73 e 74 do RPAF, caso os transportadores tenha recolhido ICMS das operações, cabe a eles apresentar Pedido de Restituição.

Pois bem, no período autuado (setembro 2016 a agosto 2017), aplica-se à **Infração 02**, a seguinte legislação:

Lei 7014/96

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

....

II - a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal;

Art. 2º O ICMS incide sobre:

...

VI - a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via ou meio, inclusive gasoduto, oleoduto e aqueduto, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

XI - do início da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via ou meio, inclusive gasoduto, oleoduto ou aqueduto, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

Art. 5º Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

...

V - o contratante de serviço ou terceiro que participe da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal;

Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, é:

...

II - tratando-se de prestação de serviço de transporte:

a) onde tenha início a prestação;

*Art. 31. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à **idoneidade da documentação** e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.*

Parágrafo único. O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos 5 (cinco) anos contados da data da emissão do documento fiscal.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

*b) **quando houver destaque, no documento fiscal, de imposto em operação ou prestação não tributada**, que possibilite ao adquirente a utilização do crédito fiscal;*

Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

...

II - Art. 298. Somente são sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste estado na condição de normal: "

...

II - que envolva repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato.

...

§ 5º A substituição tributária relativa a repetidas prestações de serviço de transporte vinculadas a contrato implica que:

***I - a emissão dos Conhecimentos de Transporte** pela empresa transportadora, a cada prestação, **será feita sem destaque do imposto**, neles devendo constar a expressão "Substituição tributária - art. 298 do RICMS";*

...

inidêneo o documento fiscal que:

a) omitir indicações;

...

*c) **não guardar os requisitos ou exigências regulamentares;***

d) conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou conter rasura ou emenda que lhe prejudiquem a clareza;

RICMS-BA/2012

(efeitos até 31/12/2019)

Analizando os autos e ponderando as razões arguidas no contraditório, necessário se faz algumas observações.

A primeira, é que a planilha suporte de fls. 144-147, que serve às Infrações 02 (uso indevido de crédito fiscal) e Infração 12 (falta de retenção e recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição das mesmas operações), somando ocorrências em todos os períodos dos exercícios 2015, 2016 e 2017, denota operações sucessivas pelos prestadores ali identificados, cujos extratos de fls. 169-180, informam serviço prestado pela Transportadora João Paulo Ltda., cadastrado na SEFAZ-BA (IE: 43.347.072).

A segunda, é que, contrariando afirmativa do autuado, vê-se no demonstrativo suporte de fls. 144-147, que todas as operações objeto da autuação são de operações interestaduais iniciadas na Bahia, cuja alíquota incidente é 12% e, portanto, não há falar em isenção.

A terceira necessária observação decorre da disposição do art. 298, II, do RICMS-BA, vigente até 31/12/19:

Redação originária dada ao art. 298, efeitos até 31/12/19:

Art. 298. Somente são sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste estado na condição de normal: ”.

...

*II - que envolva repetidas prestações de serviço vinculadas a **contrato**. (grifei)*

A quarta é que, não guardando os requisitos legais e contrariando a determinação contida no § 5º, do art. 298, do RICMS-BA retro reproduzido, não podendo conter, os CTRCs objeto da exação (fls. 175-178) contem destaque de ICMS.

Pois bem, no contexto do caso, com relação ao “contrato”, acima destacado - disposição aberta que não exige forma especial -, vale analisar o disposto no art. 107 do Código Civil:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Ora, no conjunto de circunstâncias que envolve a questão - em especial, a comprovação de sucessivas operações por alguns transportadores -, é de perceber que, não havendo expressa designação da forma contratual na normativa que obriga a substituição tributária encarregada ao contratante do serviço de transporte, a validade do negócio jurídico não depende de forma especial, desde que possua agente capaz; objeto lícito e possível, determinado ou determinável, como no caso em apreço, pois, não há, em regra, obrigatoriedade de um contrato ser escrito, como ocorre em casos de locação, comodato, etc.

A propósito, da redação do parecer da GETRI citado pela autuante, salutar é o seguinte trecho:

“Da análise do dispositivo, verifica-se que, para atribuição da responsabilidade ali prevista, deve-se considerar como contrato o simples ajuste para a prestação de serviço de transporte por parte de empresa transportadora sucessivamente para determinado contribuinte, inscrito na condição de normal, contratação esta que pode ser efetuada formalmente (contrato escrito) ou não (contrato tácito)”.

Pelo exposto, tenho por subsistente as Infrações 02 e 12.

Infrações 03 e 10

Também por serem conexas, as Infrações 03 e 10 (uso indevido de crédito fiscal e falta de retenção e recolhimento de **operações intermunicipais** de transporte de cargas), serão tratadas conjuntamente.

Assim, como as anteriores, na disposição, seus demonstrativos constam às fls. 189-190, tendo

como prestadora a Transportadora João Paulo Ltda., IE 43.347.072.

O Impugnante repete os argumentos dados às anteriores infrações, frisando: **a)** que, ao contrário do acusado pela Infração 03, não utilizou o crédito fiscal; **b)** a isenção tributária para as operações internas.

Por sua vez, mantendo as acusações, a autuante informa que: **a)** o LRE informado na EFD contradiz o argumento defensivo, já que, ao contrário, comprova-se a utilização indevida do crédito fiscal; **b)** o art. 265, XCIV, do RICMS-BA, que tratava da isenção nas prestações internas de serviço de transporte de cargas foi revogado (efeitos a partir 01/06/2016); a isenção foi reincluída pelo inciso CXIII, do art. 265, com efeitos a partir de 01/01/2019 e que no período autuado as operações eram normalmente tributadas.

Para essas infrações, além da normativa reproduzida para as Infrações 02 e 12, acrescenta-se a seguinte disposição:

Lei 7014/96

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

...

§ 2º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Lei nº 8534 de 13/12/2002

(Revogado pela Lei Nº 14037 DE 20/12/2018, efeitos a partir de 01/01/2019):

Art. 12. Fica dispensado o pagamento do ICMS incidente nas prestações internas de serviços de transporte de carga.

Ora, nesse contexto, ainda que essas infrações sejam conexas e o demonstrativo suporte de fls. 189-190 indica operações internas com alíquota de 18%, merecem tratamento distinto:

Infração 03

Para essa infração, ainda que, como informa a autuante, o inciso XCIV do art. 265 do RICMS-BA/2012 que regulamentava a isenção para as prestações internas de serviço de transporte de cargas tenha sido revogado pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/2016, efeitos a partir de 01/01/2016, o art. 12 da Lei nº 8.534/02, revogado pela Lei nº 14.037, de 20/12/2018, efeitos a partir de 01/01/2019, dispensou o pagamento do ICMS nas prestações internas de transporte de carga até 31/12/2018.

Contudo, chamando atenção que a exação se relaciona apenas a alguns dos CTCRs arrolados no demonstrativo suporte de fls. 189-190, vê-se nos CTCRs objeto da autuação, indevidos destaques de ICMS nas operações internas e isentas de tributação na forma da Lei nº 8.534/02 (Art. 12). Ademais, também se vê no demonstrativo suporte, CTCRs arrolados sem destaque e com destaque de ICMS, mas apenas estes últimos são objeto de glosa porque, ao contrário do alegado pelo Impugnante, o ICMS neles destacado consta lançados a título de crédito fiscal nos livros próprios do contribuinte autuado.

Infração subsistente.

Infração 10

Consequentemente, tendo em vista que como visto acima, ainda que, como afirma a autuante, o inciso XCIV do art. 265 do RICMS-BA/2012 que regulamentava a isenção para as prestações internas de serviço de transporte de cargas tenha sido revogado pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/2016, efeitos a partir de 01/01/2016, o art. 12 da Lei nº 8.534/02, revogado pela Lei nº 14.037, de 20/12/2018,

efeitos a partir de 01/01/2019, dispensou o pagamento do ICMS nas prestações internas de transporte de carga até 31/12/2018, tendo a Infração 10 como insubsistente.

Infração 05

Acusa falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar, referente a operações de saídas não escrituradas nos livros fiscais próprios.

A alegação defensiva se limita a dizer dever **anulada por violação aos princípios da ampla defesa e contraditório, uma vez que não se indicou nos documentos disponibilizados à autuada, os números das NFs que não teriam sido lançadas** e que “o enquadramento legal que embasa a aplicação da multa é genérico e não especifica qual alínea aplica-se ao caso, o que violaria o direito da Autuada, além de possuir caráter confiscatório”.

Rebatendo a alegação defensiva, a autuante informou que o contribuinte não nega a infração e as provas da infração constam autuadas e suas cópias foram entregues ao autuado

Em manifestação posterior, dizendo que lhe fora disponibilizado “o espelho o CFOF, no qual não consta os números das notas fiscais aqui discutidas, impossibilitando a verificação daquilo que lhe foi imputado”, o Impugnante protesta não ter confessado o cometimento da infração.

Contudo, tendo em vista que: **a)** o demonstrativo suporte de fl. 238 entregue ao autuado, indicando as três NF-es, informa: data de emissão, nº da NF-e, chave de acesso, CNPJ do destinatário, UF de destino, Valor da NF-e, Vlr da BC e ICMS exigido, detalha os documentos fiscais objeto da autuação; **b)** a despeito do DANFES das NF-es objeto da autuação estarem autuadas às fls. 239-249, as chaves de acesso possibilitam a visualização dos documentos no ambiente virtual da NF-e, não há falar em nulidade da exação, havendo que aqui incidir os arts. 140 e 142 do RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

...

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Infração subsistente.

Infração 06

Acusa a falta de recolhimento de ICMS diferido, relativo às aquisições de refeições para consumo dos funcionários da empresa autuada. Seu demonstrativo suporte detalhando as operações originalmente objeto da autuação constam às fls. 250-259; os extratos cadastrais dos fornecedores às fls. 271-310 e algumas cópias dos DANFES às fls. 306-309.

Juntando cópias de DANFES, o Impugnante alegou: a) existência de cobrança relativa a refeição de hotel, sendo que o ICMS já fora recolhido pelo fornecedor (fls. 918-919); b) indevida cobrança de imposto relativa a NFs contendo aquisições distintas de refeições

Na Informação Fiscal, a autuante diz que: a) com relação às NF-es de hotéis, trata-se de refeições para consumo de empregados da empresa; b) reconhece a indevida existência de NF-es de aquisições estranhas ao objeto da autuação. Por consequência efetua exclusões e apresenta novos demonstrativos (fls. 1179-1187), reduzindo a exação de R\$ 28.140,96 para **R\$26.804,25**.

Em manifestação posterior ao conhecimento do ajuste efetuado, o Impugnante ainda restarem autuadas as NF-es 35714 e 35716 relativas a aquisições de materiais de construção, alegação rebatida pela autuante que tais NF-es não constam do levantamento fiscal de fls. 1179-1183.

Contudo, analisando o demonstrativo refeito que, ao contrário do informado pela autuante, as NF-es 35714 e 37716, emitidas em 15/09/2017 exigindo, respectivamente, R\$9,70 e R\$37,94, indevidamente constam do demonstrativo refeito (fl. 1182-verso), e devem ser excluídas, o que faço de ofício.

Assim, acolhendo as exclusões efetuadas pela autuante na ocasião da Informação Fiscal, ajusta-se o valor da ocorrência 30/09/2017 de R\$242,45 para R\$62,81, e o valor total da infração de R\$28.190,46 para **R\$26.756,61**.

Quanto ao Direito, para esse caso, a legislação baiana dispõe:

RICMS-BA

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

...

Redação originária, efeitos até 31/12/17:

“VII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados”;

§ 2º As hipóteses de diferimento previstas neste artigo encerram na saída subsequente da mercadoria ou do produto resultante de sua industrialização, exceto em relação às hipóteses a seguir indicadas, cujo encerramento ocorrerá na entrada dos produtos no estabelecimento:

Redação originária, efeitos até 31/12/17:

“I - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados”.

Por consequência, declaro a parcial subsistência da Infração 06, com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
DATA OCORR	DATA ENCTO	BASE DE ÁLCULO	ALIQ	MULTA	VLR HISTÓRICO
Infração 06					
31/01/2015	09/02/2015	15.951,50	4,00%	60%	769,64
28/02/2015	09/03/2015	24.658,00	4,00%	60%	835,24
31/03/2015	09/04/2015	20.892,00	4,00%	60%	959,79
30/04/2015	09/05/2015	26.189,75	4,00%	60%	922,22
31/05/2015	09/06/2015	20.528,75	4,00%	60%	920,28
30/06/2015	09/07/2015	27.552,50	4,00%	60%	794,73
31/07/2015	09/08/2015	1.607,00	4,00%	60%	1.006,49
31/08/2015	09/09/2015	1.570,25	4,00%	60%	820,06
30/09/2015	09/10/2015	6.333,25	4,00%	60%	626,11
31/10/2015	09/11/2015	4.217,25	4,00%	60%	639,36
30/11/2015	09/12/2015	3.746,00	4,00%	60%	965,56
31/12/2015	09/01/2016	668.915,25	4,00%	60%	751,68
31/01/2016	09/02/2016	0,00	4,00%	60%	753,10
29/02/2016	09/03/2016	65.568,75	4,00%	60%	904,54
31/03/2016	09/04/2016	51.122,25	4,00%	60%	666,52
30/04/2016	09/05/2016	73.602,50	4,00%	60%	686,72
31/05/2016	09/06/2016	59.527,00	4,00%	60%	863,50
30/06/2016	09/07/2016	54.475,50	4,00%	60%	752,48
31/07/2016	09/08/2016	52.873,50	4,00%	60%	791,90
31/08/2016	09/09/2016	89.483,00	4,00%	60%	1.002,32
30/09/2016	09/10/2016	36.091,50	4,00%	60%	760,42
31/10/2016	09/11/2016	2.368,25	4,00%	60%	962,38
30/11/2016	09/12/2016	1.153,00	4,00%	60%	680,72
31/12/2016	09/01/2017	1.748,00	4,00%	60%	763,98
31/01/2017	09/02/2017	363,25	4,00%	60%	1.027,02
28/02/2017	09/03/2017	2.831,25	4,00%	60%	638,06

31/03/2017	09/04/2017	109,50	4,00%	60%	986,32
30/04/2017	09/05/2017	1.915,50	4,00%	60%	835,68
31/05/2017	09/06/2017	4.169,75	4,00%	60%	1.047,59
30/06/2017	09/07/2017	59.473,25	4,00%	60%	821,15
31/07/2017	09/08/2017	60.020,25	4,00%	60%	1.102,10
31/08/2017	09/09/2017	57.074,75	4,00%	60%	64,28
30/09/2017	09/10/2017	118.260,50	4,00%	60%	62,81
31/10/2017	09/11/2017	133.755,25	4,00%	60%	253,33
30/11/2017	09/12/2017	97.373,75	4,00%	60%	168,69
31/12/2017	09/01/2018	161.928,00	4,00%	60%	149,84
VALOR TOTAL					26.756,61

Infração 07

Acusa falta de recolhimento ou recolhimento parcial de ICMS declarado na EFD – Escrituração Fiscal Digital -, referente ao imposto normal de contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, conforme os seguintes demonstrativos: Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS/DESENVOLVE (fl. 329), Levantamento Fiscal – Espelho das Entradas e das Saídas conforme registrado na EFD (fls. 331-345) e Levantamentos Fiscais – Outros Débitos e Outros Créditos – oriundos da mesma fonte (fls. 346-351).

A alegação defensiva é que, “ao retirar o incentivo concedido pelo Programa das parcelas constantes no Auto de Infração e imputar utilização da alíquota de 18% a mercadorias incentivadas, o Auditor Fiscal praticou um ato sem possuir competência para tanto, agindo IGUALMENTE, o que torna, inegavelmente, o referido Auto de Infração NULO”, por incompetência do Auditor em revogar/cancelar um incentivo fiscal legalmente concedido e em plena vigência.

Por sua vez, corrigindo a data de ocorrência equivocadamente posta no demonstrativo de débito original de 31/03/2015 para 31/03/2016, a autuante informa que o art. 38 da Lei 7014/96 afirma que quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação e que a declaração de um valor de imposto devido e não recolhe-lo produz as consequências contidas no art. 18 da Lei 8205/02.

Chamando atenção para o fato que na manifestação subsequente ao conhecimento do teor da Informação Fiscal o Impugnante não mais protesta a exação por esta infração, trata-se de tributo sujeito a lançamento por homologação à cargo da SEFAZ por prepostos competentes para tanto, como é o caso da Auditora Fiscal autuante, em que o contribuinte, atendendo a legislação da espécie deve apurar e declarar suas obrigações e direitos tributários refletindo a sua real movimentação, registrando os dados nos livros fiscais próprios contidos na Escrituração Fiscal Digital – EFD, único sistema com valor jurídico para provar a favor e contra o contribuinte.

No caso presente consta provado nos autos que o contribuinte apurou em março 2016 e registrou em sua EFD o valor de R\$222.132,76, mas naquele mês lançou na Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, declaração incongruente, já que sendo um documento resumo da apuração registrada na EFD, dela não pode diferir, fato, inclusive, não contestado.

Portanto, é de saber que a situação posta deve ser avaliada ao pé da seguinte normativa:

Ajuste SINIEF 02/09

***Cláusula primeira** Fica instituída a Escrituração Fiscal Digital - EFD, para uso pelos contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e/ou do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.*

§ 1º A Escrituração Fiscal Digital - EFD compõe-se da totalidade das informações, em meio digital, necessárias à apuração dos impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, bem como outras de interesse das administrações tributárias das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB.

Lei 7014/96

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

...

III - pagar o imposto devido na forma, local e prazo previstos na legislação estadual;

...

Art. 38. Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

RICMS-BA

Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

Decreto nº 8.205/02

Redação anterior dada ao art. 18 pelo Decreto nº 9.513, de 10/08/05, DOE de 11/08/05, efeitos de 11/08/05 a 31/05/18:

“Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês”.

RPAF

Art. 54-A. O débito tributário declarado pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação ou através de denúncia espontânea importa em confissão de dívida e, na falta de recolhimento no prazo regulamentar, torna constituído o crédito tributário.

Pois bem, analisando os autos frente à normativa acima, constata-se que: a) A exação se refere à diferença entre o valor do ICMS do período (março 2016), apurado devido pelo contribuinte na sua escrituração fiscal, conforme os parâmetros legais (R\$222.136,76), e o valor que o mesmo contribuinte registrou como ICMS devido na correspondente DMA (R\$189.582,07); b) Conforme demonstrativo de fl. 329 (Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS/DESENVOLVE (Código de Receita 0806) e cópia dos extratos de arrecadação do contribuinte de 2014 a 2018 (fls. 34-37), o prorrogada, em face da perda do direito à dilação de prazo para tanto naquele período.

Infração 11

Tem sujeito passivo não recolheu ICMS relativo ao DESENVOLVE apurado nesse período.

Assim, considerando: a) os efeitos jurídicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD declarando devido R\$222.136,76; b) que, como previsto no art. 123, do RPAF, o sujeito passivo não apresentou contraprova à acusação fiscal, **acolhendo o ajuste na data da ocorrência para 31/03/2016, tenho a infração 07 como subsistente.**

Sem embargo, tendo em vista se tratar de benefício fiscal que, conforme o art. 18 do Decreto 82015/02, no período da ocorrência estava condicionado ao recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, importa recomendar seja observada a pertinência da incidência do artigo citado quanto à apuração do imposto no período março 2016 para, se for o caso, exigir a parcela do ICMS tida a mesma motivação que as infrações 10 e 12, mas de ICMS incidente em operações sucessivas de transporte de pessoas tomadas pelo autuado na condição de substituto tributário às empresas Rajan Transp. Com. Ind. Ltda., Supricel Logística Ltda., Transzape Trans. Ltda. e Transportes Tesba Ltda.), sendo que o demonstrativo suporte detalhando os documentos como já dito nas infrações 10 e 12, inclusive deduzindo valores de ICMS pertinente recolhidos no período autuado, consta às fls. 498-500, CTes às fls. 1132 e 1133 e Extrato da Arrecadação às fls. 27-37.

Para essa infração, a alegação defensiva é que a falta de destaque de ICMS nos documentos fiscais objeto da exação, como dispõe o § 3º, I do art. 298 do RICMS-BA/2012 exclui a responsabilidade da autuada. Sem embargo, tal argumento não socorre o autuado uma vez que para o caso, como já visto nas operações 10 e 12, a obrigação de o tomador do serviço atuar como substituto tributário é impositiva e o § 5º, I, do mesmo artigo citado pelo Impugnante dispunha:

Art. 298...

...

O § 5º foi revogado pelo Decreto nº 19.384 de 20/12/19, DOE de 21/12/19, efeitos a partir 01/01/20. Redação anterior, efeitos até 31/12/19:

“§ 5º A substituição tributária relativa a repetidas prestações de serviço de transporte vinculadas a contrato implica que:

I - a emissão dos Conhecimentos de Transporte pela empresa transportadora, a cada prestação, será feita sem destaque do imposto, neles devendo constar a expressão “Substituição tributária - art. 298 do RICMS”;

Infração subsistente.

Infração 13

Refere-se a multa percentual de 60% sobre o valor do ICMS Antecipação Parcial, referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, escrituradas, cujas saídas subsequentes foram normalmente tributadas. Os Demonstrativos suportes detalhando os documentos fiscais (fls. 542-581) e dados do levantamento fiscal constam às fls. 532-533 e 534-539.

Não negando o cometimento da infração, o Impugnante se limita a protestar a multa legalmente vigente e corretamente aplicada por entende-la de caráter confiscatório, aspecto que foge à apreciação dos órgãos administrativos judicantes, conforme art. 167, do RPAF. Portanto, é de incidir aqui o disposto no art. 140, do RPAF.

Infração subsistente.

Infração 14

Refere-se a multa por falta de registro de NFs de entrada de mercadorias não tributáveis, cujos demonstrativo suporte original identificando as NFs constam às fls. 636-640.

O Impugnante afirma que as NFs relacionadas foram lançadas no mês subsequente, conforme a entrada da mercadoria na empresa; as NFs são de 12/2017 e foram escrituradas em 01/2019. Ademais, diz existirem NFs que não foram lançadas em face de terem sido canceladas por recusa de recebimento, devido a desacordos comerciais, razão pela qual a infração deve ser julgada improcedente.

Na Informação Fiscal, a autuante reconhece que as NFS 46.520, 182054, 230859, 16214, 204887 e 52581 foram lançadas em janeiro 2018. Diz que a NF 3902 foi lançada sem valor no levantamento fiscal e não interfere na base de cálculo para aplicação da penalidade; que a NF 46015 não consta do levantamento fiscal e que a NF 46016 consta com situação de “AUTORIZADA” no portal da NF-e.

A autuante refez o demonstrativo suporte (fls. 1183-1187), reduzindo a exação de R\$14.405,27 para R\$12.718,53, conforme o demonstrativo de débito abaixo, ajuste que acolho em razão de, sendo questão meramente de fato, na manifestação posterior à ciência da Informação Fiscal, o sujeito passivo não se manifesta a respeito.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vento	Base de Cálculo	Aliq	Multa	Vlr Histórico
Infração 14					
31/01/2015	09/02/2015	1.232,00		1%	12,32
28/02/2015	09/03/2015	40,00		1%	0,4

31/03/2015	09/04/2015	6.916,00		1%	69,16
30/04/2015	09/05/2015	5.765,00		1%	57,65
31/05/2015	09/06/2015	8.655,00		1%	86,55
30/06/2015	09/07/2015	1.106,00		1%	11,06
31/07/2015	09/08/2015	3.688,00		1%	36,88
31/08/2015	09/09/2015	17.450,00		1%	174,50
30/09/2015	09/10/2015	280,00		1%	2,80
31/10/2015	09/11/2015	874,00		1%	8,74
30/11/2015	09/12/2015	9.442,00		1%	94,42
31/12/2015	09/01/2016	4.320,00		1%	43,20
31/01/2016	09/02/2016	55,00		1%	0,55
29/02/2016	09/03/2016	60,00		1%	0,60
31/03/2016	09/04/2016	193.725,00		1%	1.937,25
30/04/2016	09/05/2016	58,00		1%	0,58
31/05/2016	09/06/2016	378,00		1%	3,78
30/06/2016	09/07/2016	6.845,00		1%	68,45
31/07/2016	09/08/2016	414.369,00		1%	4.143,69
31/08/2016	09/09/2016	7.238,00		1%	72,38
30/09/2016	09/10/2016	29.004,00		1%	290,04
31/10/2016	09/11/2016	69.169,00		1%	691,69
30/11/2016	09/12/2016	11.736,00		1%	117,36
31/12/2016	09/01/2017	6.830,00		1%	68,30
31/01/2017	09/02/2017	83.505,00		1%	835,05
28/02/2017	09/03/2017	5.270,00		1%	52,70
31/03/2017	09/04/2017	3.975,00		1%	39,75
30/04/2017	09/05/2017	67.083,00		1%	670,83
31/05/2017	09/06/2017	163,00		1%	1,63
31/07/2017	09/08/2017	3.032,00		1%	30,32
31/08/2017	09/09/2017	227.112,00		1%	2.271,12
30/09/2017	09/10/2017	24.329,00		1%	243,29
31/10/2017	09/11/2017	24.627,00		1%	246,27
30/11/2017	09/12/2017	29.953,00		1%	299,53
31/12/2017	09/01/2018	3.569,00		1%	35,69
Total da Infração					12.718,53

Frente ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207090.0007/18-6**, lavrado contra **IPC DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$145.687,83**, acrescidos: **a)** da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f”, “d”, “e”, e VII, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, sobre R\$111.311,31; **b)** da multa de 100% prevista no inciso III, do citado artigo sobre R\$1.825,83; **c)** da multa de 50% prevista no inciso I do art. 42 sobre R\$32.550,69, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$54.933,28**, prevista no art. 42, IX, da lei citada, além dos acréscimos legais.

Recomenda-se ao órgão competente, seja observada a pertinência da incidência do artigo citado quanto à apuração do imposto no período março 2016 (Infração 07) para, se for o caso, exigir a

parcela do ICMS tida prorrogada, em face da perda do direito à dilatação de prazo para tanto naquele período.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF à Distância, 24 de julho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR