

PROCESSO - A. I. Nº 140780.0016/19-8
RECORRENTE - RODOMAX TRANSPORTES DE CARGA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0231-02/20-VD
ORIGEM - DAT NORTE/INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/12/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0291-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SOB REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. SERVIÇO DE TRANSPORTE. PRESTAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. PRESTAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Juntado nos autos documento novo do contribuinte ou indicação de outro elemento probatório, durante o preparo ou na fase de instrução do processo, os autos devem ser encaminhados ao autuante, conforme art. 137, § único do RPAF/BA. É nula a decisão que ignora esta providência bem como os documentos e/ou elementos de prova apresentados, sem qualquer fundamento. Acolhida a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância. Modificada a Decisão recorrida. Retorno dos autos à Primeira Instância. Nulidade da Decisão recorrida. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0231-02/0-VD da 2ª JF deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 16/12/2019 no valor histórico de R\$99.959,57, em razão da(s) seguinte(s) infração(ões):

Infração 01. 01.02.06. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no valor de R\$32.657,97, nos meses de março a dezembro de 2015, janeiro a junho e novembro de 2016, fevereiro, junho, agosto a dezembro de 2017. Consta a seguinte informação do autuante: “Usou indevidamente a maior o crédito fiscal de ICMS calculado sobre as entradas de óleo diesel (Art. 292, § 1º, V, RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12) quando não considerou a proporcionalidade das operações de transportes de cargas tributadas e não tributadas (Art. 29, § 4º, III, da Lei 7.014/96)”.*

Infração 02. 02.07.03. *Deixou de recolher o ICMS em razão de prestação de serviços de transportes tributada como não tributada, regularmente escrituradas, no montante de R\$67.301,60, para ocorrências nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2017. Informa o preposto fiscal: “Deixou de lançar na EFD o ICMS devido pelas prestações de serviços de transportes de cargas tributadas, destacados nos CTEs”.*

Concluída a instrução processual, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura e transmissão do documento Cientificação de Início de Ação Fiscal em 08/10/2019 (fl. 66).

A memória de cálculo da autuação se encontra de forma integral às fls. 04 a 65, devidamente assinadas por preposto da empresa autuada.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticada pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, os todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Analizando inicialmente as questões preliminares postas, constato não ter existido qualquer cerceamento ao exercício do direito de defesa do contribuinte, conforme alegado na peça defensiva, uma vez que, contrariamente ao afirmado, todas as peças demonstrativas que serviram de base para a autuação foram entregues à empresa autuada, a se observar os recibos nelas firmadas, especialmente às fls. 04, 08, 15-v, 16, 24, 39, 40, 61-v, 6 e 65.

Logo, devidamente comprovado terem os demonstrativos sido entregues pelo autuante à empresa, descabe o argumento de cerceamento de defesa, e consequentemente, de nulidade.

Quanto ao requerimento para a realização de diligência, realizada nos termos do artigo 123, § 3º do RPAF/99, nego nos termos previstos no artigo 147 do mesmo dispositivo regulamentar:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

II - de perícia fiscal, quando:

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo.

§ 2º O indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito:

I - pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento serem enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto;

II - pela Junta ou Câmara de Julgamento, na fase de instrução do processo, caso em que:

- a) o indeferimento deverá ser consignado na ata da sessão em que o mesmo for declarado;*
- b) por ocasião da decisão da lide, o relator mencionará a ocorrência e os motivos do indeferimento no relatório do acórdão da decisão”.*

Os elementos necessários para o esclarecimento da lide se encontram em poder da empresa autuada, além do que aqueles contidos nos autos são os necessários e suficientes para a apreciação da matéria.

Falta, ainda a necessária motivação exigida no artigo 145 do RPAF/99, não tendo a empresa fundamentado a necessidade da sua realização, e em se tratando de perícia, faltou a quesitação a ser respondido pelo perito, prevista nos termos do parágrafo único do mencionado artigo 145 do citado diploma regulamentar.

Além disso, em sede de informação fiscal o próprio autuante revisou o lançamento fiscal, adequando-o devidamente, reduzindo o valor lançado, ainda que em pequena monta, o que reforça a falta de necessidade de nova revisão do mesmo.

Adentrando no mérito, em relação ao qual, as duas infrações são contestadas, na primeira delas, o argumento trazido pela defesa é quanto a proporcionalidade, justamente o critério apontado pelo autuante em seus cálculos para a manutenção da acusação, tendo em vista que o contribuinte usa todos os créditos fiscais de óleo diesel, independentemente das prestações realizadas serem ou não tributadas, o que vem a ferir o princípio da não cumulatividade, e a própria sistemática do imposto, além de descumprir a norma legal, que não permite a manutenção do crédito fiscal em tais casos.

Logo, tendo a cobrança efetivada no Auto de Infração decorrido exatamente da aplicação da proporcionalidade das prestações tributadas realizadas pela empresa, em relação ao total dos créditos fiscais tomados, não se verifica qualquer incorreção em tal procedimento.

Além disso, embora afirmasse trazer as necessárias e imprescindíveis provas, no sentido de descaracterizar a acusação, a empresa não o fez, apensando apenas mídia com relação de notas fiscais de abastecimento (fl. 90) e Conhecimento de Transporte Eletrônico de Cargas (fl. 92), o que fragiliza seu argumento.

Logo, diante da ausência de prova no sentido de serem os créditos fiscais glosados pela Fiscalização lícitos, cabível a aplicação do teor dos artigos 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) e 143 do RPAF/99 (a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal), concorrendo para a manutenção da infração em sua inteireza.

Já na infração 02, o argumento defensivo se prende a arguição de ilegitimidade passiva, por força da legislação acerca de substituição tributária. Todavia, diante da argumentação posta, tudo indica se apegar ao procedimento contido no artigo 414 do RICMS/12, que trata de prestações vinculadas a contrato, e que importam em substituição tributária:

“Art. 414. Nas prestações de serviço de transporte de que trata esta seção, vinculadas a contrato para prestações sucessivas, em que for atribuída pela legislação tributária, ao tomador do serviço, a condição de contribuinte substituto e a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelo prestador, fica dispensada a emissão dos documentos previstos no Ajuste SINIEF 06/89, desde que o transporte esteja acobertado pelo documento emitido para a operação.

1º Para efeito da dispensa de emissão de documentos fiscais a que se refere o caput, o contribuinte substituto deverá consignar no campo “Informações Complementares” dos documentos que acobertarem o transporte da mercadoria, a seguinte expressão: “Dispensada a emissão de conhecimento de transporte eletrônico - serviço de transporte vinculado a contrato para prestações sucessivas - substituição tributária - § 4º do art. 298”.

§ 2º O estabelecimento prestador do serviço de transporte deverá, ao final de cada mês, emitir um único conhecimento de transporte eletrônico englobando as prestações realizadas no período de apuração.

§ 3º O conhecimento de transporte eletrônico será emitido de forma individualizada para cada cliente e, além dos demais requisitos, deverá conter:

I - referência aos números dos documentos que englobar;

II - no campo “Informações Complementares”, a expressão “Regime Especial - Protocolo ICMS 35/05”.

§ 4º A apuração e recolhimento do imposto devido serão efetuados na forma e nos prazos regulamentares.

Pelo mencionado artigo 298 também do RICMS/12, se depreende que:

“Art. 298. São sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste estado na condição de normal, e desde que realizadas por:

I – transportador autônomo;

II – empresa transportadora não inscrita neste estado, ainda que optante pelo Simples Nacional;

III - empresa transportadora inscrita neste estado, exceto se optante pelo Simples Nacional.

§ 1º Não são sujeitas à substituição tributária as prestações de serviços de transporte aéreo, ferroviário e dutoviário.

§ 2º Relativamente ao disposto no caput, observar-se-á o seguinte:

I – a nota fiscal emitida pelo contribuinte substituto deverá conter no campo “informações complementares” a base de cálculo e o valor do imposto retido referente ao serviço de transporte;

II – o sujeito passivo por substituição, lançará em sua escrita fiscal o valor do imposto retido no Registro E210, como débito especial;

§ 3º A substituição tributária relativa a prestações de serviço de transporte 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’;

II – em todos os Conhecimentos de Transporte emitidos, a transportadora fará constar declaração expressa quanto ao regime de tributação adotado pelo seu estabelecimento, informando se fez opção pelo direito ao uso de créditos fiscais relativas a operações e prestações tributadas ou se, ao contrário, optou pelo benefício da utilização de crédito presumido;

III - em substituição à exigência do inciso II do § 3º deste artigo, poderá a empresa transportadora fazer aquela declaração em instrumento à parte, com identificação do signatário, com indicação do nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, devendo essa declaração ser conservada pelo sujeito passivo por substituição pelo prazo de 05 (cinco) anos;

IV – no transporte metropolitano de pessoas, mediante contrato, poderá ser postergada a emissão da Nota Fiscal de Serviço de Transporte, até o final do período de apuração do imposto, desde que devidamente autorizado pelo fisco estadual.

§ 4º O transportador autônomo fica dispensado da emissão de Conhecimento de Transporte nas prestações sujeitas à substituição tributária”.

Da análise dos documentos acostados ao feito, especialmente aqueles trazidos às fls. 232 a 321-v, pelo autuante, se constata que os Conhecimentos de Transporte emitidos pela autuada, bem como pela EFD, não se enquadram nos requisitos previstos na legislação supra, quando de sua emissão, sendo normalmente tributados.

Assim, caberia à autuada a comprovação de, eventualmente, e sendo o caso, demonstrar o recolhimento do imposto devido em tais operações, o que não se constata nos autos.

O argumento da empresa autuada, por seu turno, é de que não se configura em sujeito passivo da relação jurídico-tributária, diante da disposição contida no artigo 8º, inciso V, da Lei 7.014/96.

Todavia, há de ser levado em consideração, para o deslinde da matéria, o teor do artigo 6º da Lei 7.014/96:

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos”.

Tal comando seria suficiente para a manutenção da infração.

Ainda assim, em sede de informação fiscal, o autuante verificou que operações inicialmente arroladas na infração não deveriam sê-las, motivo pelo qual, ainda que o contribuinte não postulasse especificamente, as retirou da autuação, reduzindo o valor lançado.

Registro que o fato de não ter sido dado conhecimento da informação fiscal ao contribuinte, em nada o prejudicou, sequer cerceou seu direito de defesa, ao contrário, fez prevalecer tal princípio, juntamente com o do devido processo legal e contencioso, seguindo determinação regulamentar.

Desta forma, acolho o demonstrativo retificado do autuante, fazendo com que a infração seja parcialmente subsistente em R\$66.152,33, consoante o seguinte demonstrativo:

2017

<i>Agosto</i>	<i>R\$</i>	<i>0,00</i>
<i>Setembro</i>	<i>R\$</i>	<i>0,00</i>
<i>Outubro</i>	<i>R\$</i>	<i>0,00</i>
<i>Novembro</i>	<i>R\$</i>	<i>8.450,60</i>
<i>Dezembro</i>	<i>R\$</i>	<i>57.701,73</i>

Assim, o lançamento é tido como parcialmente procedente em R\$98.810,30, diante da manutenção da infração 01 em R\$32.657,97 e a parcial subsistência da infração 02 em R\$66.152,33.

Regularmente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário com o seguinte teor.

Argui a nulidade da decisão de primeiro grau por ignorar a manifestação tempestivamente apresentada por ocasião da intimação do novo demonstrativo de débitos elaborado pelo autuante em sede de informação fiscal, trazendo fatos novos.

Aponta que o relatório produzido pela JJF descreve todos os argumentos da impugnação, entretanto não se refere à manifestação, deixando de atender o inciso II, do art. 164 do RPAF, caracterizando cerceamento do direito de defesa ao ignorar questões relevantes para a improcedência do Auto de Infração. Invoca o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório em seu favor.

Pede que seja decretada a nulidade do julgamento por inexistência de apreciação da manifestação do autuado acerca do novo demonstrativo elaborado em sede de informação fiscal.

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação.

VOTO

Conforme relatado, o Recurso Voluntário interposto possui apenas uma preliminar de nulidade

do julgamento promovido na primeira instância, em razão de não ter ocorrido exame da manifestação posterior à informação fiscal que alterou o demonstrativo de débito da infração.

Entendo que assiste razão à recorrente. A sua manifestação de fls. 324-328 trouxe novos argumentos e documentos em relação à impugnação apresentada, indicando inclusive períodos em que teriam ocorrido estorno de crédito, tornando a cobrança indevida, assim como períodos em que teria sido utilizada base de cálculo reduzida na proporção das saídas tributadas, apresentando relatórios de apuração e recibos de entrega da EFD de modo a comprovar suas alegações.

Importa destacar que, quanto à infração 01, a informação fiscal menciona expressamente a falta de documentos como motivo para opinar pela manutenção integral do lançamento, conforme trecho que transcrevo abaixo:

“(...) Alega também que ‘As provas juntadas ao presente processo (Doc. 02), demonstram que o impugnante apurou de forma regular o crédito fiscal. Por isso pede diligência para esclarecimentos dos fatos apontados na peça acusatória’.

Quanto a essa alegação é oportuno relatar que, examinando detidamente as peças da defesa, (inclusive os CDs) não encontramos nenhum Doc. 02, tampouco Doc. 01. Pergunta-se: para que serviria a diligência considerando que o autuado não apresenta elementos, números, ou dados que possam ilidir a ação fiscal? O autuado não demonstra como foi calculado seu crédito, pois não apresenta nenhum demonstrativo para essa afirmação. (...)” (fls. 99)

Seguiu nesta linha o acórdão recorrido, conforme trecho que transcrevo abaixo:

“(...) Logo, diante da ausência de prova no sentido de serem os créditos fiscais glosados pela Fiscalização lícitos, cabível a aplicação do teor dos artigos 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) e 143 do RPAF/99 (a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal), concorrendo para a manutenção da infração em sua inteireza. (...)” (fls. 382)

Entendo assim que houve prejuízo à defesa do contribuinte, pois, em que pese o RPAF determine que todas as provas sejam apresentadas com a impugnação (art. 123, § 5º), este Conselho costuma acatar a documentação que comprova fato modificativo, extintivo ou impeditivo da pretensão fiscal, ainda quando apresentada extemporaneamente, em nome do princípio da verdade material.

Por outro lado, como no presente caso ocorreu a completa desconsideração pela JJF de documentos e argumentos que, em princípio, podem beneficiar o contribuinte, entendo que não cabe o suprimento do vício por meio de diligência determinada por este Conselho, pois, haverá prejuízo ao duplo grau de jurisdição que, embora possa não ser considerado um direito constitucional do contribuinte, representa direito subjetivo daqueles sujeitos à legislação do Estado da Bahia, que estabelece o processo administrativo em duas instâncias.

Além disso, houve aqui expresso descumprimento de norma legal do RPAF, considerando o que dispõe o dispositivo que transcrevo abaixo:

Art. 137. Compete ao relator, tanto na primeira como na segunda instância, avaliar se o processo se encontra em condições de ser levado a julgamento a salvo de dúvidas ou incorreções, devendo nesse sentido:

*...
Parágrafo único. A juntada aos autos, pelo fisco ou pelo sujeito passivo, de documento novo ou outro elemento probatório, durante o preparo ou na fase de instrução do processo, ensinará a abertura de vista ao sujeito passivo ou ao fiscal autuante, conforme o caso. (grifamos)*

Observe-se que o verbo escolhido pelo legislador (ensajar) afasta qualquer possibilidade de discricionariedade na hipótese regulada, dado o seu caráter imperativo.

Assim, diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar a nulidade do acórdão proferido pela 2ª JJF, determinando-se o retorno dos autos para a Primeira Instância, a fim de que seja dado vista ao autuante acerca da manifestação e documentos apresentados em face da sua informação fiscal, prosseguindo-se o feito na forma do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário interposto e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 140780.0016/19-8 lavrado contra **RODOMAX TRANSPORTES DE CARGA LTDA.**, determinando-se o retorno dos autos para a Primeira Instância, a fim de que seja dado vista ao autuante acerca da manifestação e documentos apresentados em face da sua informação fiscal, prosseguindo-se o feito na forma do RPAF.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS