

A. I. N° - 232875.0003/19-7
AUTUADO - ANDALUZ LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO LUÍS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/07/2021

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0079-03/21-VD

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo não logrou êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Preliminar de nulidade refutada. Acolhida a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unâime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/04/2019, refere-se à exigência de R\$670.703,48 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da Infração 01 - 02.07.03. - Falta de recolhimento do ICMS, em razão de prestação de serviço de transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016. Demonstrativo fls. 08 a 28, e cópias dos DCTE, às fls. 29 a 632.

O Autuado, por meio de advogado, apresenta impugnação às fls. 646 a 657. Inicialmente observa a sua tempestividade e reproduz o teor da acusação fiscal, em seguida articula suas razões de Defesa a seguir resumidas.

Destaca que, preliminarmente, o Auto de Infração é nulo, pela extinção parcial do crédito tributário relativos aos meses de 01/2014 a 07/2014 (art. 150, § 4º, c/c o art. 156, V e VII do CTN) e pela ausência de indicação precisa e individualizada das irregularidades, conforme prevê o art. 18 do RPAF-BA/99.

Observa que no mérito, o presente Auto de Infração improcede em sua integralidade, primeiro, porque não foi considerado pelo Fiscal Autuante que o imposto sobre a prestação de serviço no período autuado foi recolhido antecipadamente pelas empresas contratantes, WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAL DO NORDESTE LTDA (CNPJ nº 24.380.578/0022-03, 24.380.578/0062-09), REFRESCOS GUARARAPES LTDA (CNPJ nº 08.715.757/0004-16) e, segundo, porque o Autuante aplicou de forma genérica, relativamente ao período de 01/2014 a 03/2016, a alíquota interestadual de 17% e, relativamente ao período de 04/2016 a 12/2016, a alíquota de 18% sobre o total dos serviços de transportes de mercadorias, sem observar o regime jurídico de cada operação, em dissonância do art. 50 e segs. do RICMS-BA/12.

Registra insuficiência de descrição da infração e da referência aos dispositivos legais infringidos.

Revela que o Autuante, durante os meses de 01/2014 a 12/2016, não teria observado o que estabelece o art. 1º, inciso II, art. 2º, inciso VI, e art. 32 da Lei nº 7.014/96.

Observa que o instrumento de cobrança (Auto de Infração) carece de precisão no apontamento das infrações cometidas. É que, a indicação genérica e a vaguedade do texto do objeto da autuação não possibilitam ao autuado o conhecimento perfeito da infração hipoteticamente cometida, pois infrações não foram devidamente especificadas.

Diz que, por óbvio, as irregularidades da autuação são inadmissíveis, pois em qualquer relação jurídico-administrativa, na qual seja imputada, ao contribuinte, penalidade pecuniária por descumprimento da legislação, faz-se necessário o estrito cumprimento das formalidades

instituídas para constituição do crédito. Frisa que, de outra forma, estar-se-ia a permitir o cometimento de inconcebíveis arbitrariedades, possibilitando-se, por exemplo, a atuação administrativa ilimitadamente discricionária. Observa que neste sentido já decidiu o Pretório Excelso, conforme teor do julgamento proferido RE nº 346.084-PR, cuja ementa reproduz.

Salienta que os requisitos legais para a validade do ato de constituição do crédito tributário não possuem cunho meramente formal. Eis que assumem, em verdade, caráter essencial, pois visam a permitir a correta identificação, por parte do devedor, do exato objeto da imputação que lhe é dirigida, com todas as suas partes constitutivas (principal e acessória) e respectivos fundamentos legais, de modo que se possa garantir, amplamente, a defesa do suposto sujeito passivo.

Diz que outra não é a razão de ser da norma contida na alínea “a”, do inciso IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, senão a de conferir regularidade formal aos autos de infração porventura lavrados pelas autoridades fiscais deste Estado. Tudo isto em correspondência aos princípios da legalidade e do devido processo legal, a teor do art. 5º, LV c/c LXXVIII, da CF/18.

Observa que, ante a taxatividade das previsões impositivas, destinadas a emprestar legalidade e regularidade à autuação, torna-se evidente, que a indicação genérica dos dispositivos infringidos bem como a inexata descrição das condutas supostamente adotadas, não são suficientes para delimitar a infração, ou a omissão, capaz de ensejar, com a certeza devida, a imputação de penalidade e sua consequente autuação.

Acrescenta frisando que o vício na indicação dos dispositivos e na descrição da conduta são causas bastantes para a decretação de nulidade do título e da correlata cobrança. Isto, porque impossibilitam o conhecimento exato da infração que se imputa e, portanto, cerceiam o direito de defesa do autuado.

Assinala ser esta a situação que se apresenta: pela completa falta de clareza do Auto de Infração, impossibilita-se a defesa arguta e percuciente que mereceria uma autuação fiscal de tal monta.

Destaca ser genericamente apontado como infringido inciso II, do art. 1º, do RICMS/BA, que trata de fato gerador do ICMS sobre os serviços de transportes interestadual e intermunicipal. Assevera que para a demonstração da infração de falta de recolhimento do imposto, tal dispositivo é nitidamente insuficiente.

Diz que em seguida, o Autuante indica infração ao inciso IV, do art. 2º, do RICMS-BA/12. Continua assinalando que esse dispositivo, por sua vez, discorre sobre a incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de transportes interestadual e intermunicipal, não servindo, da mesma forma, para demonstrar a infração de ausência recolhimento do ICMS.

Ao final, elenca ainda infração do art. 32, do RICMS-BA/12, sob o argumento de que deixou de recolher o imposto junto a rede bancária autorizada.

Pondera que os artigos referidos expressam alto grau de generalidade, impossibilitando o contribuinte conhecer, em sua inteireza, a imputação que lhe é dirigida, qual seja: “*deixar de recolher ICMS em razão de Prestação de Serviços de Transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada*”.

Afirma que a indicação genérica dos dispositivos legais lançados no auto de infração, sem que seja especificada/individualizada, com precisão, a imputação dirigida ao contribuinte, impossibilita a ampla defesa e, consequentemente, o desenvolvimento do devido processo legal.

Salienta que, ao auto de infração deve-se emprestar clareza tal que seja de fácil identificação a irregularidade supostamente cometida. No caso dos presentes autos, porém, o simples exame do Auto é insuficiente para individualizar a irregular conduta pretensamente adotada, pois os

dispositivos legais invocados como infringidos não guardam correlação à descrição da infração supostamente cometida.

Assevera ser evidente a insubsistência formal do auto de infração ora atacado, mais explícita ainda é a sua carência de fundamentos materiais.

Advoga a extinção de parte do crédito tributário em face de sua decadência, por força do art. 156, incisos v e vii, c/c art. 150, §4º do CTN no período de janeiro a julho de 2014.

Diz constatar-se a extinção parcial do crédito tributário relativo aos meses de janeiro a julho de 2014, por força do art. 156, inciso V, c/c art. 150, §4º, todos do CTN, que tratam da decadência dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação e sua extinção.

Observa que emerge dos citados dispositivos que o Fisco dispõe do prazo de cinco anos para homologar a atividade do sujeito passivo, a contar do fato gerador. Ultrapassado aquele prazo, o Fisco homologa (tacitamente) o lançamento antecipado realizado pelo sujeito passivo e o crédito nele constituído é definitivamente extinto.

Frisa não haver dúvida que o ICMS é tributo sujeito ao lançamento por homologação, porque a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

No caso concreto, afirma que tomou ciência do Auto de Infração em 02/08/2019, quando já ultrapassado o prazo para homologação, pelo Fisco, dos lançamentos (antecipados) relativos aos meses de janeiro a julho de 2014. Não obstante, esse período, ainda que decaído, está sendo objeto de cobrança, pelo que deve ser anulada nessa parte por força do art. 150, §4º, c/c art. 156, inciso V, ambos do CTN.

Salienta que ao caso em questão não se aplica a regra geral de que o prazo para lançamento se conta do primeiro dia do exercício seguinte (CTN, art. 173, I) e não do fato gerador porque, no caso específico de tributos sujeitos ao lançamento por homologação e tendo havido pagamento, ainda que considerado a menor, a regra é a disposta no art. 150, §4º, do CTN, porque mais específica. Observa que o Superior Tribunal de Justiça, aliás, já se manifestou nesse sentido, citando como exemplo o AgRg no Resp nº 1.016.145-RS, cuja ementa reproduz.

Registra que considerando que tomou ciência do Auto de Infração em 02/08/2019, quando já estavam tacitamente homologados (CTN, art. 150, §4º) e extintos (CTN, art. 156, V, c/c art. 150, §4º, parte final), os lançamentos correspondentes aos meses de janeiro a julho de 2014, que são objeto de cobrança, devem ser desconstituídos.

Diz entender que as preliminares de nulidade são suficientes para declarar a insubsistência do Auto de Infração. Entretanto, caso não seja esse o entendimento do CONSEF-BA, apresenta suas razões de mérito que indubitavelmente levam à improcedência *in totum* da acusação.

Sustenta insubsistência da infração pelo pagamento antecipado do ICMS ora exigido.

Afirma que realizou, nos períodos exigidos no Auto de Infração, prestação de serviço de transporte às empresas WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAS DO NORDESTE LTDA (CNPJ nº 24.380.578/0022-03, 24.380.578/0062-09), REFRESCOS GUARARAPES LTDA (CNPJ nº 08.715.757/0004-16).

Destaca que apesar do disposto no art. 124, inciso I, do RICMS/BA determinar que o recolhimento do ICMS seja feito até o dia 09 (nove) do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos gerados, no caso presente, o ICMS ora exigido foi recolhido antecipadamente, em alguns meses, pela empresa contratante.

Menciona que não se trata, portanto, de falta de recolhimento, como defendido pelo Autuante, mas de pagamento antes mesmo do prazo legal, o que pode ser devidamente confirmado mediante a realização de diligência e/ou perícia.

Assinala que se devido fosse algum valor, seria, no máximo, multa por descumprimento de obrigação acessória (prazo do recolhimento), jamais, o pagamento de imposto já devidamente quitado, sob pena inclusive de enriquecimento ilícito do Estado.

Afirma ter havido duplicidade de lançamento em seu livro registro de saída.

Revela que o Autuante lhe acusa ter ocorrido falta de recolhimento do ICMS em razão da prestação de serviços de transporte regularmente escrutinado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Diz que, não obstante o período decaído (01/2014 a 07/2014), o fato é que, quando do registro das operações realizadas no período ora autuado no livro Registro de Saída, equivocadamente adicionou em duas oportunidades o mesmo documento fiscal, gerando com isso, duplicidade na exigência do ICMS cobrado no Auto de Infração, conforme tabela que acosta de forma exemplificativa a fl. 652, destacando que isso se repete em todos os meses ora autuados, razão pela qual requer desde já a realização de diligência e/ou perícia, em respeito ao princípio da verdade material, para confirmar o equívoco e, consequentemente, o pagamento integral do imposto devido nos meses em comento.

Cita que sobre o assunto, o Acórdão JJF N° 0336-02/11, em que esse CONSEF já se pronunciou no sentido de que, uma vez comprovado o lançamento em duplicidade, restar elidida a autuação. Frisa que diante dos documentos ora juntados, não restam dúvidas sobre a improcedência da presente autuação.

Aponta como precariedade da infração a impossibilidade de se aplicar as alíquotas de 17% e 18% sem a observância do regime jurídico de cada mercadoria.

Assinala que foi aplicado de forma genérica, relativamente ao período de 01/2014 a 03/2016, a alíquota interestadual de 17% e, relativamente ao período de 04/2016 a 12/2016, a alíquota de 18% sobre o total dos serviços de transportes de mercadorias, sem observar o regime jurídico de cada operação, em dissonância com o art. 50 e segs. do RICMS-BA/12. Assevera que a legislação de regência não permite tal discricionariedade.

Lembra que, regra geral, estabelece o art. 50, do RICMS-BA/12, que a alíquota do ICMS será de 17% nas operações e prestações internas, em que os remetentes ou prestadores e os destinatários das mercadorias, bens ou serviços estejam situados neste Estado (inciso I).

Friza que, a depender do tipo de mercadoria, a alíquota poderá ser de 7%, podendo chegar a 38%, nos termos do art. 51, do mesmo diploma legal, ou mesmo não ser devida pela Impugnante (substituição tributária, não incidência, isenção, etc).

Registra que na lavratura do presente Auto de Infração não houve a separação de cada tipo de mercadoria para a aplicação do diferencial da alíquota correspondente, frise-se, caso devido, muito menos a demonstração de cada Estado de origem mas, tão-somente, a aplicação direta da alíquota de 17% e 18%, tornando o crédito tributário ilíquido e incerto. Remata mencionando que não há como prosperar a referida autuação.

Assinala que ocorreu afronta ao princípio da verdade material, uma vez que o Autuante, para subsidiar a lavratura do auto de infração, não aprofundou sua análise em seus Livros e documentos fiscais, o que, de certo, afastaria a lavratura do presente Auto de Infração.

Diz ser evidente que o Auto de Infração carece de plausibilidade jurídica, na medida em que deixou à margem os pressupostos do processo administrativo fiscal na busca da verdade real/material acerca da infração cometida.

Revela que a legislação que dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia (Lei nº 12.209/11) é orientada pelo princípio da verdade real/material, sendo aquele princípio a expressão/faceta do princípio da oficialidade, conforme

nos ensina a ilustre administrativista Odete Medauar, cujo trecho de lição sobre esse tema da jurista pátria reproduz, bem como dos administrativistas Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Melo e Lucia Valle Figueiredo.

Diz que analisando o auto de infração sob esse prisma, resta clarividente que o princípio da verdade material foi desprezado pelo Autuante, na medida em que focou a fiscalização apenas na parte dos documentos que lhe seria mais conveniente. Arremata destacando que, nesses termos, deve ser julgado improcedente o Auto de Infração.

Assinala que, caso esse CONSEF entenda necessária a realização de diligência/perícia contábil para confirmar o ora alegado, seja então a mesma determinada, tudo em prol da verdade material. Oportunidade em que apresenta as seguintes questões:

- 1) *Os documentos analisados pelo Autuante demonstram o pagamento antecipado pelas empresas WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAS DO NORDESTE LTDA (CNPJ nº 24.380.578/0022-03, 24.380.578/0062-09), REFRESCOS GUARARAPES LTDA (CNPJ nº 08.715.757/0004-16)?*
- 2) *Houve equívoco por parte da Impugnante no lançamento de documentos fiscais no Livro Registro de Saída nos anos de 2014 a 2016 (Duplicidade de lançamentos de Notas Fiscais)?*
- 3) *O Fiscal Autuante considerou as alíquotas corretas (art. 50 e seguintes do RICMS/BA) para a cobrança do diferencial devido nas operações realizadas no autuado?*

Assinala que determinada diligência/perícia contábil, se reserva no direito de apresentar outras questões.

Por outro lado, afirma que a situação se agrava ainda mais com o estabelecimento de multa de 60%, sobre o valor do imposto. Pondera que o Fisco esquece que a função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, e muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, eis que o pagamento da multa é classificado como receita derivada, como os tributos, gerando, também, a total improcedência das penalidades aplicadas, além da exigência fiscal.

Ressalta, seja qual for a motivação da Administração Tributária, em vez de corrigir só causa danos ao contribuinte, posto que termina transferindo ilegalmente parte substancial do patrimônio da Impugnante para o Estado, no que afronta o princípio constitucional que veda o confisco (art. 150, IV, da CF/88). Assevera ser este é o entendimento consolidado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, trazendo à colação ementa de julgados desta Corte Superior.

Nesses termos, afirma que a multa de 60% aplicada só pode ser considerada confiscatória. Caso venha a prevalecer a pretensão manifestamente arrecadatória do fisco, contrariando a jurisprudência e afrontando o ordenamento jurídico constitucional, na verdade, ficaria penalizada com um débito ilegal.

Revela ser evidente que a vedação do art. 150, IV da Carta Magna, diz respeito à obrigação tributária como um todo (tributos e multas pecuniárias como definido no art. 113 do CTN) porque do contrário seria dar um cheque em branco ao legislador tributário para fixar, ao seu talante, tributo (com o nome de penalidade) sem atenção à capacidade contributiva, fora dos limites da razoabilidade, agredindo a lógica, o bom senso e a segurança jurídica do cidadão contribuinte.

Assevera que a penalidade pecuniária deve ser fixada dentro de limites razoáveis que leve em conta a reparação ao dano presumido, e não seja forma sub-reptícia de tributo, atropelando a vedação constitucional ao confisco ou leve empresas ao estado de insolvência.

Depois de reproduzir trecho de lição do Prof. José Carlos Graça Wagner, registra que, de todo modo, diante dos fatos, jurisprudência e doutrina citados, é indubidosa a afirmação de que a multa de 60% é confiscatória, eis que ultrapassa o limite da razoabilidade. Sendo, portanto, além de atentatórias aos princípios constitucionais de vedação ao confisco e da capacidade contributiva, agressivas ao seu patrimônio, não podem ser aplicadas, sendo o que ora requer.

Sucessivamente, pede, em não sendo acolhidos os pedidos anteriores, a redução da multa aplicada, para patamares percentuais que atendam aos caros princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ambos norteadores do princípio do não confisco.

Requer que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma que lhe seja mais favorável de acordo com o art. 112, do CTN.

Protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, assim como vistoria, inspeção, e tudo o mais que concorra para a prática da mais lídima justiça.

Requer, por fim, que todas as publicações, intimações e demais notificações de estilo sejam realizadas, exclusivamente e independentemente de outro causídico ter realizado algum ato processual nestes autos, em nome dos advogados LUIZ KEHERLE CORDEIRO BEZERRA, inscrito na OAB/PE sob o nº 15.575, ambos com endereço profissional constante do timbre desta peça, *sob pena de nulidade*, nos termos do art. 236, §1º, do Códex Processual Civil e na conformidade do entendimento pacificado pela Corte Especial do STJ no REsp nº. 586.362/SP

Conclui pugnando pela decretação da nulidade ou mesmo a improcedência do Auto de Infração, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 677 a 685, nos termos resumidos a seguir.

Esclarece que todas as formalidades que ensejam o início e a conclusão da ação fiscal foram devidamente cumpridas. A intimação ao sujeito passivo, fls. 06 a 07 – via DTe, o demonstrativo do Auto de Infração, fls. 08 a 28, cópia dos documentos fiscais como meio de prova, fls. 29 a 633, lavratura do Auto de Infração e Demonstrativo de Débito que encerram a ação fiscal e ciência dada ao sujeito passivo, fls. 641 e 642.

Quanto à alegação do Impugnante da descrição da infração e da referência aos dispositivos infringidos, assinala que o Autuado exerce a atividade de Organização Logística do transporte de cargas (CNAE 5250804), inscrita como contribuinte no Estado da Bahia desde 25/09/2009, conforme cópia dos “Dados Cadastrais”, fls. 636 e 637, alegar na Instância Administrativa cerceamento do seu direito à ampla defesa porque não entendeu a acusação descrita de “*Deixou de recolher ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributada, regularmente escrituradas*”, diz não ser razoável. Quanto à alegação, “*É que, a indicação genérica e a vaguedade do texto do objeto da autuação não possibilitam ao autuado o conhecimento perfeito da indicação hipoteticamente cometida, pois as supostas infrações não foram devidamente especificadas*”, fls. 647 e 648. Indaga, como conseguiu o Autuado argumentar de forma tão clara e precisa no mérito e o demonstrativo “AUDIF 205 - AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO E DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”.

Afirma não ser essa a realidade dos fatos comprovada neste Processo Administrativo Fiscal.

Quanto a alegada extinção de parte do Crédito Tributário em face de sua decadência, por força do art. 156, V e VII, c/c art. 150, §4º, do CTN - janeiro a julho de 2014

Diz que obedeceu, estritamente, ao Incidente de Uniformização Nº PGE 2016.175855-0, cuja orientação, através do Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 43/2016, cujo teor reproduz.

Afirma que as operações ocorridas no período de janeiro a julho de 2014 não foram alcançadas pela decadência uma vez que o Impugnante não declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, ou seja, omitiu a realização da prestação tributável.

Além do que, acrescenta destacando que, referente ao período 2014, somente em maio (de 2014) o Autuado efetuou o recolhimento apurado em 01/2014, não alcançado pelo citado Incidente de Uniformização, e não mais efetuou nenhum recolhimento apurado na sua escrita fiscal referente ao exercício de 2014. Somente em março de 2015 recolheu o ICMS apurado em fevereiro de 2015, conforme cópia do “Histórico dos Pagamentos Realizados” que colaciona às fls. 679 a 681.

Ao cuidar do mérito informa inicialmente que toda a ação fiscal foi realizada tendo como base a EFD - Escrituração Fiscal Digital do Autuado, regularmente transmitida e assinada digitalmente.

Observa que a escrituração das prestações relacionadas no demonstrativo de fls. 8 a 28, cujos documentos fiscais integram o Auto de Infração em cópia, fls. 29 a 633, foram realizadas e regularmente escrituradas com a utilização de CFOP que podem induzir uma análise sumária a erro. Prossegue destacando que foi utilizado o CFOP 6.360 - Prestação de serviço de transporte a contribuinte substituto em relação ao serviço de transporte. Afirma que este CFOP é utilizado somente na prestação de serviços quando o tomador está estabelecido no Estado da Bahia, ficando sujeito à responsabilidade expressa no art. 298, do RICMS-BA/12, cujo teor transcreve.

Continua ressaltando que este não é o caso, ora em lide, uma vez que todas as prestações relacionadas tiveram como tomador contribuintes estabelecidos em outras unidades da Federação.

No que diz respeito a alegação de insubsistência da infração pelo pagamento antecipado do ICMS ora exigido, destaca que o Autuado alega que “em alguns meses” (fls. 651) o ICMS foi recolhido pela contratante; no caso, a White Martins Gases Industriais do Nordeste Ltda (CNPJ: 24.380.578/0022-03 e 24.380.578/0062-09) e Refrescos Guararapes Ltda (CNPJ: 08.715.757/0004- 16).

Revela que o Autuado está alegando é que o imposto exigido foi recolhido pelas contratantes via GNRE. No entanto, afirma que isso não ocorrerá, de acordo com informações constantes no Sistema de Arrecadação da SEFAZ, conforme teor dos extratos reproduzidos abaixo:

Contribuinte: Inscrição Estadual: 000.000.000 CNPJ / CPF: 24.380.578/0022-03 Razão Social: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S/A - Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado.

Contribuinte: Inscrição Estadual: 000.000.000 CNPJ / CPF: 24.380.578/0062-09 Razão Social: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA. - Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado.

Contribuinte: Inscrição Estadual: 106.995.776 CNPJ / CPF: 08.715.757/0004-16 Razão Social: REFRESCOS GUARARAPES LTDA - Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado

Afirma que a verificação realizada comprova que os contratantes não realizaram qualquer tipo de recolhimento ao Estado da Bahia. Aliás, não só de Substituição Tributária de Prestação de Serviços de Transporte de Cargas, como nenhum outro (período de 01/2014 a 01/2017).

Prossegue frisando que o Autuado não trouxe aos autos nenhuma prova da sua alegação. Logo, sub-roga-se às premissas do art. 123, §5º, ao §7º, RPAF-BA/99.

Quanto a alegada duplicidade de lançamento no livro Registro de Saída, fl. 652, “...quando do registro das operações realizadas no período ora autuado no livro Registro de Saídas, de que equivocadamente adicionou em duas oportunidades o mesmo documento fiscal, gerando com isso, duplicidade na exigência do ICMS cobrado no auto de infração”, apresentando demonstrativo ilustrando, “de forma exemplificativa”, notas fiscais, observa que o efeito de tal fato na sua apuração e recolhimento do ICMS foi “zero”. Isto porque essas operações não foram tributadas. Assim, deve o Autuado retificar sua EFD de forma a regularizar sua escrita fiscal.

Acrescenta frisando que o efeito de tal fato no Auto de Infração, e consequentemente na exigência do Crédito Tributário, também é “zero”, ou seja, nenhum. Isto porque o ICMS exigido no Auto de Infração foi apurado como base no demonstrativo de fls. 8 a 28. E, nele, não são identificadas essas duplicidades. Essas duplicidades foram excluídas quando da sua elaboração.

No tocante a alegada impossibilidade de aplicação da alíquota de 17% e 18% sem a observância do regime jurídico de cada mercadoria - precariedade da infração, ressalta que se tem uma argumentação confusa do Autuado, fls. 652 e 653. Diz optar por ater-se à questão da alíquota da

prestação. Depois de reproduzir o inciso II, do art. 15, da Lei 7.014/96, assevera que assim foi apurado o ICMS exigido no Auto de Infração, conforme comprova o demonstrativo de Débito, fls. 08 a 28, calculado à alíquota de 12%.

Frisa que ocorreu que, na inserção da alíquota (meramente demonstrativa) no corpo do Auto de Infração, no Demonstrativo de Débito da Infração 01 – 02.07.03, foram inseridas as alíquotas de 17%, de 01/2014 a 02/2016 e 18% de 03/2016 a 12/2016. Ou seja, não foi a alíquota aplicada à prestação, mas, tão-somente, uma inserção incorreta, meramente demonstrativa, no texto do Auto de Infração. Assim, afirma não haver qualquer valor a ser retificado. Arremata ponderando que, no máximo, de ofício, a inserção da alíquota informada no Demonstrativo de Débito, acaso o Relator entenda como necessário.

No que diz respeito no questionamento acerca de afronta ao princípio da verdade material, destaca que a verdade dos fatos se dá que o Autuado utilizou CFOP aplicado a operações nas quais o contratante deve, obrigatoriamente, ser estabelecido no Estado da Bahia, na condição de Contribuinte Normal, e reter o ICMS Substituição Tributária, na forma prevista no art. 8º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 298, do RICMS-BA/12.

Revela que isso somente foi comprovado, exatamente, porque “aprofundou sua análise nos livros e documentos fiscais do contribuinte”, fls. 65. Caso contrário, não teria comprovado que aquelas operações, sob CFOP 6.360, têm como tomador da prestação do serviço de transporte de cargas contribuintes estabelecidos em outras unidades da Federação.

Quanto ao pedido de diligência e/ou perícia, destaca que o Processo Administrativo Fiscal se encontra instruído e, em nosso entendimento, não há dúvida que não possa ser dirimida a partir da verificação das peças que o integram. Informa que, inclusive, responde aos quesitos postos pelo Autuado:

1) *Resposta: Não houve nenhum recolhimento (pagamento) realizado pelas empresas White Martins Gases Industriais do Nordeste Ltda (CNPJ: 24.380.578/0022-03 e 24.380.578/0062-09) e Refrescos Guararapes Ltda (CNPJ: 08.715.757/0004-16), assim como, o Autuado nenhuma comprovação trouxe aos autos;*

2) *Resposta: Não há duplicidade de Conhecimento de Transporte relacionado no demonstrativo que embasa a autuação, fls. 8 a 28. As duplicidades, alegadas pela Autuada, não foram incluídas no levantamento;*

3) *Sim. A alíquota aplicada nas prestações relacionadas no demonstrativo de fls. 8 a 28 foram as previstas no art. 15, inciso II, da Lei nº 7.014/96: 12%.*

No tocante à multa, alegada pela Defesa como sendo confiscatória informa não ter competência legal para opinar sobre essa matéria.

Arremata registrando que, como visto, a matéria aqui discutida é somente: o Autuado prestou serviço de transporte interestadual de cargas a contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação no qual não se constatou o recolhimento do ICMS pelo contratante e essas prestações foram escrituradas na Escrituração Fiscal Digital - EFD como sendo prestações não tributadas, sem recolhimento do imposto devido.

Reafirma que o Autuado não apresentou ao longo da sua peça defensiva prova alguma capaz de elidir a acusação fiscal. Afirma que realizou diligência nos recolhimentos realizados pelas contratantes White Martins Gases Industriais do Nordeste Ltda (CNPJ: 24.380.578/0022-03 e 24.380.578/0062-09) e Refrescos Guararapes Ltda (CNPJ: 08.715.757/0004-16), no período de 01/2014 a 01/2017 e não se constatou recolhimento algum de ICMS, a qualquer tipo, para o Estado da Bahia.

Sustenta que os argumentos levantados pela Autuada foram, todos, combatidos demonstrando a procedência da exigência do montante exigido de R\$670.703,48, inclusive quanto à alegada decadência, uma vez que a Incidente de Uniformização nº PGE 2016.175855-0 assegura o direito à Fazenda Pública de constituir o Crédito Tributário nas prestações aqui relacionadas.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, o defensor suscitou nulidade do lançamento, alegando que o Auto de Infração não descreve com clareza, quais fundamentos fáticos teriam levado à exigência fiscal, sendo a indicação dos dispositivos legais infringidos, insuficiente para que possa exercer o contraditório e seu direito de defesa.

No que concerne a estas alegações, compulsando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que não possuem suporte fático ou jurídico. A irregularidade apurada afigura-se devidamente demonstrada nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, conforme planilhas fls. 08 a 28, contidas na mídia CD fl. 634, entregue ao contribuinte, recibo fl. 638, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

No tocante à alegada dificuldade de compreensão do enquadramento legal, devido a suposta indicação genérica dos dispositivos infringidos, também não deve prosperar, haja vista que a descrição dos fatos, conjuntamente com o demonstrativo de apuração do débito e com os documentos fiscais acostados aos autos, não deixa qualquer dúvida quanto a perfeita compreensão da irregularidade imputada ao sujeito passivo veiculada na acusação fiscal.

Aliás, é assim que preconiza o art. 19 do RPAF-BA/99, in verbis:

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.

Logo, resta evidenciado nos autos que o Autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos e livros fiscais, demonstrativo de débito, seus dados e cálculos, assim como indicou o fundamento jurídico.

Não foi identificada violação alguma ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação e na informação fiscal. Ademais, pelo teor de sua defesa, depreende-se claramente que o Autuado comprehendeu perfeitamente, do que foi acusado, fazendo menção aos dados coligidos e aos documentos fiscais constantes dos demonstrativos que deram suporte a autuação.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18 do RPAF-BA/99, para se decretar a nulidade da autuação. Dessa forma, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada direta ou indiretamente pelo Impugnante.

O Defensor pugnou pela extinção parcial do crédito tributário relativo aos meses de janeiro a julho de 2014, por força do art. 156, inciso V, c/c art. 150, §4º, todos do CTN, que tratam da decadência dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação e sua extinção.

Analisando esta alegação, verifico assistir razão ao defensor, no que se refere às ocorrências retratadas no período de janeiro a julho de 2014. Em consonância com a Súmula nº 12 deste CONSEF, que reconhece, para efeito da contagem do prazo decadencial, que o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração.

No presente caso, embora tenha sido lavrado em 11/04/2019, somente em 05/07/2019, fl. 642, o contribuinte tomou ciência do Auto de Infração. Considerando que, com o advento da emissão,

pela PGE-PROFIS, do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, restou consolidado neste CONSEF o entendimento de que se conta o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, - “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário mas não efetua o pagamento das operações declaradas.

Isto significa dizer, que no presente caso, como o Impugnante registrou as prestações de serviço de transporte, o marco temporal inicial para a contagem do prazo quinquenal para que seja operada a decadência é a partir da ocorrência do fato gerador.

Assim, os débitos apurados de R\$189.709,88, relativos às ocorrências de janeiro a julho de 2014, foram tragados pela decadência e devem ser expurgados da autuação.

Indefiro o pedido para realização de diligência/perícia técnica, conforme requerido em sua defesa, uma vez que os elementos constantes nos autos, já são suficientes para a formação de juízo de valor e convencimento dos Julgadores. Portanto, com base no inciso I, alínea “a” e no inciso II, alínea “b”, do art. 147 do RPAF-BA/99, não acolho tal pedido.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS, em razão de prestação de serviço de transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016. Consoante demonstrativo de apuração às fls. 08 a 28.

O Defendente alegou, em suas razões de Defesa, a insubsistência da autuação aduzindo que o ICMS exigido foi parcialmente recolhido antecipadamente pelas empresas contratantes: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAS DO NORDESTE LTDA (CNPJ nº 24.380.578/0022-03, 24.380.578/0062-09), REFRESCOS GUARARAPES LTDA (CNPJ nº 08.715.757/0004-16).

Ao compulsar os elementos que compõem o contraditório, constato que apesar dessa alegação da defesa, não foi carreado aos autos pelo Impugnante, nem mesmo por amostragem, qualquer comprovação que lastreasse a alegação do pagamento antecipado aludido.

Ao contrário, verifico que o Autuante, ao proceder a informação fiscal, esclareceu que em pesquisa no sistema de arrecadação da SEFAZ, conforme espelho do extrato da consulta acostado à fl. 682, não consta recolhimento algum das citadas empresas no período fiscalizado.

Alegou também o Defendente, que por equívoco, ao registrar as prestações realizadas em seu livro Registro de Saídas, adicionou em duas oportunidades o mesmo documento fiscal, fato esse que, segundo sua alegação gerou duplicidade na exigência do ICMS cobrado no Auto de Infração.

Apresentou tabela, fl. 652, frisando ser exemplificativa, indicando os pares de notas fiscais: Notas Fiscais de N°s **669**, fl. 114, e **671**, fl. 115, emitidas em 11/06/2014, Notas Fiscais de N°s **1071**, fl. 278, e **1073**, fl. 279, emitidas em 28/05/2015, e Notas Fiscais de N°s **1371**, fl. 465, e **1372**, fl. 464, emitidas em 21/05/2016.

Depois de examinar as cópias do referidos Danfes que foram acostados aos autos pelo Autuante, constato que não assiste razão ao Autuado, ao atribuir aos pares de notas fiscais apresentadas em sua Defesa, como exemplo de equívoco, por terem sido registradas em duplicidade em seu livro Registro de Saídas, ou seja, de se referirem a mesma prestação de serviço de transporte, duplamente registradas. Da análise minudente dos referidos documentos, verifica-se que cada um deles se refere a uma prestação distinta, e não emitido por equívoco, em duplicidade, como alega o Impugnante. A prova cabal dessa assertiva é que todos os documentos apontados são distintos uns dos outros, eis que, possuem documentos de origens distintos, [NF-e] transportadores distintos, e protocolo de autorização de uso, também distintos. Portanto, é indubioso que se referem a prestações distintas. Logo, não que se falar em duplicidade de registro.

No que concerne à alegação da defesa de precariedade da infração, sob o fundamento que o Auto de Infração fora lavrado aplicando-se na apuração do imposto devido as alíquotas de 17% e de

18%, inobservando o regime jurídico de cada prestação arrolada no levantamento fiscal, constato também que não deve prosperar essa alegação da defesa.

É fato que consta do Auto de Infração, fl. 01, as alíquotas de 17% e 18%, por uma padronização [alíquota de maior aplicação nas lavraturas de Auto de Infração] do SEAI, que é o sistema gerador de impressão do Auto de Infração. Entretanto, verifica-se claramente que a alíquota aplicada no demonstrativo de apuração, fls. 08 a 28, é de 12%, prevista no inciso II, do art. 15 da Lei 7.014/96. A prova de que a mera indicação das alíquotas de 17% e 18%, no Auto de Infração, fl. 01, em nada influiu na compreensão da autuação é que o valor do ICMS devido apurado em cada mês no Demonstrativo de apuração, fls. 08 a 28, corresponde exatamente ao valor transportado para a coluna “Valor Histórico” no Auto de Infração, fl. 01. Por exemplo à fl. 08, do demonstrativo consta para o mês de janeiro de 2014, o valor de R\$991,45, que é o mesmo constante para esse mês no Auto de Infração, fl. 01.

Em suma, como expedito, a mera indicação das alíquotas de 17% e 18%, não provocam qualquer precariedade na autuação.

O Autuado apresentou o entendimento de que ocorreu afronta ao princípio da verdade material, uma vez que o Autuante não realizou análise aprofundada em seus documentos e livros fiscais, para realizar a apuração da irregularidade, objeto da autuação.

Verifico, à luz das apurações realizadas pela fiscalização, que não tem guarida a alegação de que não foram examinados os documentos fiscais do Autuado. Comungo com a informação prestada pelo Autuante de que, se não tivesse sido aprofundado essa análise, não se identificaria a infração cometida e apurado o fato de que o Impugnante utilizou CFOP aplicado em operações nas quais o contratante, deve obrigatoriamente ser estabelecido no Estado da Bahia, na condição de contribuinte normal e reter o ICMS - ST, na forma prevista no inciso V, do art. 8º da Lei 7.014/96, c/c como art. 298 do RICMS-BA/12. Caso contrário, não teria o Autuante comprovado que as prestações com CFOP 6.360, têm como tomador da prestação estabelecimento localizados em outros estados da Federação.

Logo, não acolho a tese defensiva, por falta de evidência plausível de que não ocorreu a análise com a profundidade devida pela fiscalização na apuração das irregularidades.

Consigno, que diante das alegações da defesa, desprovidas que se apresentam de suporte fático, não tem o condão de elidir a acusação fiscal que se afigura respaldada na legislação de regência e lastreada em demonstrativo de débito analítico o qual identifica individualizadamente a origem da exigência apurada, comprovando de forma inequívoca a falta de recolhimento de ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributado, regularmente escrituradas.

Quanto à alegação do Impugnante sobre a natureza confiscatória e desproporcional da multa aplicada, observo que a aplicação da multa é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece a alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Saliento que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e como já mencionado neste voto, não cabe a este órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do inciso I, do art. 167 do RPAF-BA/99.

O Autuado apresentou o entendimento de que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida, previsto no art. 112 do CTN. Assinalo não haver como aplicar o referido princípio, uma vez que, nos presentes autos não existem dúvidas quanto à infração imputada ao Autuado, ficando indeferida a solicitação do Defendente.

Pelo expedido, considerando a exclusão da exigência fiscal atinente ao período janeiro a julho de 2014, alcançado pela decadência, concluo pela subsistência parcial da autuação.

No que concerne ao pedido para que todas as publicações, intimações e demais notificações de estilo sejam realizadas, exclusivamente e independentemente de outro causídico ter realizado algum ato processual nestes autos, em nome do advogado LUIZ KEHERLE CORDEIRO BEZERRA, inscrito na OAB/PE sob o nº 15.575, com endereço profissional constante do timbre desta peça, sob pena de nulidade, há de se registrar que não existe óbice algum em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação, não caracteriza nulidade do ato, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127, do CTN.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232875.0003/19-7, lavrado contra **ANDALUZ LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$480.993,60**, acrescido da multa de 60%, prevista na prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA