

A. I. Nº - 281105.0010/17-1
AUTUANTE - EXPRESSO LINHA VERDE LTDA. – ME
AUTUANTES - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.03.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0021-05/22-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. RECOLHIMENTO A MENOS. Não comprovado que os valores escriturados nos livros fiscais e declarados na DMA referem-se a prestações de serviços de transportes isentas/não tributadas (outras), ou se submetem ao campo de incidência do ISS. Nulidades não acolhidas por falta de fundamentação legal. Diligência solicitada realizada e não carrou provas ao processo. Acolhida a preliminar de mérito de decadência. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2017, acusa recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas prestações de serviços de transporte rodoviário - R\$ 460.058,68, acrescido da multa de 60%.

O autuado na defesa apresentada (fls. 86 a 123) ressalta a tempestividade da defesa, informa que exerce atividade de transporte rodoviário de passageiros, com itinerário fixo, interestadual, transporte de carga, locação de transporte na condição de contribuinte do ICMS.

Comenta a autuação e preliminarmente afirma não ter cometido a infração conforme razões de defesa e correção dos procedimentos adotados frente à legislação do ICMS.

Suscita a nulidade do auto de infração, por exigir ICMS por erro na determinação da base de cálculo nas prestações de serviço de transporte rodoviário interestadual ou intermunicipal não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, pela indicação equivocada das datas dos fatos geradores e vencimento das obrigações no final de cada mês, visto que *“a apuração e recolhimento de ICMS é mensal, não havendo como se admitir que os fatos geradores de um ano inteiro tenham ocorrido apenas em 31 de cada mês”* e o vencimento da obrigação das operações ocorreram ao longo dos meses de 2012 e 2013 em datas diferentes.

Alega que o art. 114, do CTN prevê como *“fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”*, no caso do ICMS, o art. 2º da LC 87/96, a circulação jurídica da mercadoria, decorrente de uma operação de compra e venda, indiferente a data da operação realizada e conclui que pela lógica o auto de infração é nulo por violar os artigos 142 e 144, do CTN e o art. 2º da Lei Complementar nº 87/96.

Ressalta que o erro de indicação dos fatos geradores ofende os Princípios da Legalidade, Ampla Defesa e Contraditório, dificultando o exercício do direito de defesa, conforme decidiu a 4ª Câmara Cível do TJ do Estado de Minas Gerais, reconhecendo a nulidade da autuação do argumento de que *a data de realização de levantamento de estoque não é o termo inicial da exigência do crédito, sendo devido o tributo no mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador*”.

Requer a nulidade da autuação em função da identificação errada das datas dos fatos geradores que originaram a dívida em cobrança e as datas de vencimentos da obrigação tributária.

Requer a nulidade, também em função de que a fiscalização aduziu supostos erros na base de cálculo do ICMS, mas não aponta, de maneira clara e precisa nos demonstrativos a origem dos erros e valores que lastreariam as referidas divergências, sem especificar os dados específicos relativos à infração apontada, furtando da identificação da infração cometida.

Alega ausência de informações da fiscalização, dificuldade de avaliação dos levantamentos realizados, do demonstrativo da autuação, impossibilitando de analisar se há elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração descrita nos termos do art. 142 do CTN.

Ressalta que por o ato de lançamento não se revestir de fundamentos legais, para verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e a penalidade cabível, deve ser julgado nulo nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

Aduz que o lançamento deve observar os requisitos previstos na legislação, possibilitando o exercício do contraditório no processo administrativo nos termos do art. 5º, LV da CF 88, conforme regras que norteiam o processo administrativo fiscal, confiabilidade, segurança, possibilidade do exercício do direito de defesa e que na situação presente desconhece os erros apontados pela fiscalização, inviabilizando identificação e análise das operações, ausência de clareza e certeza “nas poucas informações fornecidas pelo Sr. Fiscal Autuante”, não cabendo fazer ilações para decifrar as operações consideradas ou desconsideradas, elencados no levantamento fiscal, motivo pelo qual deve ser declarada a nulidade do lançamento.

No que se refere às competências de janeiro a março de 2012, alega que não podem ser exigidos por ter sido extintos pela decadência, nos termos dos artigos 146, III, ‘b’, 173 e 150, § 4º do CTN relativo a impostos submetidos a homologação (artigo 150, § 4º) contados da ocorrência do fato gerador, conforme dicção do art. 156, VII do CTN, visto que foi intimada em 31/03/2017, após transcorrido mais de 5 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS (jan a mar/2012).

Cita texto de doutrinadores e decisão contida no RE EBG/ nº 035/2013 e REsp 973.733/SC cujas *ementas transcreveu às fls. 97 a 101.*

Requer a realização de diligência fiscal nos termos do art. 7º, § 2º, do Dec. 7.629/99, para que as autoridades fiscais procedam a uma análise mais apurada dos materiais em questão ensejando que a glosa dos créditos não pode ser feita por mero cruzamento de dados ou investigação desprovida de fundamentação e lastro probatório, por ter resultado de uma auditoria que não consta livros e documentos fiscais para comprovar a infração que tem por elemento material o transporte rodoviário de passageiros.

Argumenta que para demonstrar a infração a fiscalização deveria realizar diligência ao seu estabelecimento para prestar esclarecimentos para averiguar se a operação em questão é relativa a incidência de ISS ou ICMS, mas escolheu o caminho mais cômodo de presumir, com base em informações equivocadas, com ônus da impugnante provar sua inocência.

Ressalta que o seu “processo produtivo” é composto de fases complexas, que impossibilita o conhecimento do impacto das operações realizadas de transporte rodoviário de passageiros, submetido à fiscalização da AGERBA e o lançamento foi feito com base em análise superficial.

No mérito, argumenta que o lançamento exige pagamento de ICMS relativo a erro na determinação da base de cálculo nas Prestações de Serviço de Transporte Rodoviário, tendo a fiscalização desclassificado os serviços escriturados como “isentos/não tributados/outros”, presumindo a indiscriminada descrição deles, que se tratariam de serviços sujeitos ao ICMS.

Afirma que a autuação não merece prosperar, visto que a base de cálculo do ICMS utilizado corresponde ao do valor da prestação do serviço de transporte devidos sobre as prestações de serviço de transporte rodoviário registradas nos livros de entrada e saída de ICMS.

Porém, o art. 155 da CF ao instituir o ICMS indicando a expressão “serviços de transporte interestadual e intermunicipal” como realização de negócio jurídico do transporte de pessoas.

Na situação em questão, afirma que a exação fiscal está consubstanciada na exigência do recolhimento do ICMS relativo a operações de transportes rodoviário amparadas pelo benefício de redução da base de cálculo (RBC) do ICMS prevista no art. 267 do RICMS/BA o que não foi feito pela fiscalização.

Também, que não assiste razão a fiscalização ao imputar o pagamento de ICMS em decorrência de operações que “não se concretizaram, tendo sido devidamente recolhidos” conforme DAEs juntados ao processo. Requer que a infração seja julgada totalmente improcedente.

No que se refere ao pagamento de multas capituladas no “*art. 42, incisos IX e XI, da Lei n.º 7.014/96, correspondentes a 60% (sessenta por cento) do valor comercial serviço prestado pela Impugnante*” afirma que “*Diante da leitura da peça acusatória, verifica-se que os prepostos fazendários justificam tal exigência por suposto descumprimento da legislação do ICMS, cujo descumprimento não houve, especificamente no que tange à obrigatoriedade de registrar, no Livro de Registro de Entrada, o ingresso das mercadorias apontadas nas notas fiscais indicadas nos demonstrativos fiscais correspondentes ao Item 01 da peça acusatória*”, mas passará a demonstrar que o Fisco não pode aplicar multas sem levar em consideração as circunstâncias que permeiam o suposto cometimento da infração.

Discorre sobre multas, proporcionalidade, grau de culpabilidade do agente, cita texto de doutrinadores quanto a finalidade de desestimular o ilícito e punir o infrator, sem consistir na apropriação do patrimônio do contribuinte, para violar o princípio da razoabilidade.

Ressalta que o § 7º, do art. 42 da Lei n.º 7.014/96 (art. 158 do Dec. 7.629/99) prevê que o órgão julgador pode dosar a penalidade aplicável em função do grau de culpabilidade e prejuízos causados ao Erário. Requer o cancelamento da multa ou redução por atender os requisitos “(i) a penalidade deve decorrer do descumprimento de obrigação acessória; (ii) a conduta infratora não pode ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação; e (iii) a infração não pode ter implicado na falta de recolhimento do imposto”.

Ressalta que “*a ausência de escrituração das notas fiscais listadas pela fiscalização não se deu de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada, mesmo porque caberia ao Fisco comprovar, de forma incontestável, a ocorrência de dolo, fraude ou simulação no caso em apreço*”, não deixando de arrecadar o ICMS, ter descumprido obrigação acessória atinente ao ICMS, por uma questão meramente operacional “*que, por um lapso, deixaram de escriturar no Livro Registro de Entrada algumas das notas fiscais referentes a entradas ocorridas no período fiscalizado*”.

Retoma a discussão sobre obrigações acessórias, cumprimento de obrigações tributárias principais, ausência de dano ao Estado, conforme decisões do CONSEF nos *Acórdãos CJF 0037-11/10, CJF 0433-13/13, CJF 0250-11/10 e CJF 0025-11/10* cujas ementas transcreveu às fls. 108 a 111.

Quanto a multa de 60% sobre o valor da suposta infração 1, afirma que configura uma excrescência jurídica que afronta os princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro, vedado pelo art. 150, inciso IV da CF, por configurar efeito confiscatório.

Discorre sobre a penalidade confiscatória, posicionamento de doutrinadores, decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 2.55, ADI 1.075-DF, *AI-482.281-AgR/2009*, *ADIMC n.º 1.075/DF*, *requerendo a revisão da sanção confiscatória, que não pode extrapolar a monta de 10%.*

Requeru nulidade da autuação, realização de diligência fiscal no tocante aos valores auferidos pela fiscalização, decadência de parte do crédito tributário e a improcedência da infração, se superado que a multa seja cancelada ou reduzida, bem como o direito de realização de sustentação oral, nos termos do art. 163 do Dec. 7.629/99.

O autuante, na informação fiscal prestada (fls. 432 a 445) inicialmente pontua os argumentos defensivos (nulidade, ausência de provas, diligência, multa confiscatória) que passa a contestar.

No que tange a nulidade suscitada indicando diversos fatores afirma que a autuação foi processada em conformidade com a legislação do ICMS, indicando memórias de cálculos, apuração da base de cálculo, enquadramento, respeitando os princípios constitucionais.

Quanto a decadência suscitada, argumenta que em se tratando de tributo lançado por homologação aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, com contagem do prazo a partir do dia primeiro do exercício seguinte da ocorrência do fato gerador o que não ocorreu no caso.

Com relação ao pedido de realização de diligência fiscal, afirma que não há amparo legal.

No mérito, afirma que a infração acusa recolhimento a menos do ICMS por erro na determinação da base de cálculo, apesar do autuado gozar do benefício de redução a base de cálculo até o limite de 5%, *“excluiu do total das saídas relativo a passagens de transporte de passageiros, constantes das suas declarações mensais – DMAs, valores bastantes representativos, segundo eles, submetidos à incidência de ISS”*.

Afirma que a escrituração do ICMS não comporta espaços para apuração do tributo de competência municipal (ISS), não lhe cabendo desconsiderar um faturamento lançado e não tributado, sob alegação de que foge ao campo de tributação do ICMS.

Ressalta que a omissão de informações fiscais diante da lavratura do AI 281105.0008/17-7 enseja perda do benefício fiscal de redução de base de cálculo, enquadrando no regime normal.

Atenta que o autuado não apresentou provas de que as operações autuadas foram tributadas pelo ISS limitando-se a criticar a metodologia (fl. 102) que aplicou a alíquota de 5% sobre as operações.

Contesta o pedido de nulidade ou improcedência da autuação por descabimento do pleito.

Conclui que as argumentações apresentadas são vagas, desprovidas de amparo legal, inconsistentes, desprovidas de provas, motivo pelo qual requer julgamento pela sua procedência.

A 4ª JJF, tendo como relatora Mônica Maria Roters, decidiu converter o processo em diligência (fls. 441/442) no sentido de que o autuado fosse intimado para apresentar livros fiscais e demonstrativos que comprovassem o montante das operações tributadas pelo ICMS e pelo ISS, bem como as operações indicadas nas DMAs no campo de “Outras” como operações isentas ou não tributadas.

O autuante na segunda informação fiscal (fls. 447 a 452) inicialmente discorre sobre a autuação, e diz que após o despacho da 4ª JJF na sessão de julgamento em 26/02/2018, decorrido o prazo de 60 (sessenta) dias o autuado limitou-se a remeter cópias das DMAs que constam no sistema da SEFAZ desde o início da fiscalização, mas não apresentou os documentos comprobatórios solicitados na diligência fiscal.

Ressalta que ao teor do art. 13 do RPAF/BA o autuado deveria ter juntado provas com a defesa, o que não fez. Comenta os argumentos defensivos, sem acompanhamento de provas e afirma que não se caracteriza ofensa aos princípios constitucionais, nem falta de exatidão da infração, motivo pelo qual deve ser rejeitada a nulidade suscitada.

Também que com relação a decadência de parte dos fatos geradores, tratando-se de imposto homologatório a contagem do prazo ocorre a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme disposto no art. 173 do CTN, o que não ocorreu, ficando rejeitada a decadência.

Quanto a diligência requerida, argumenta inexistência de amparo legal.

Ressalta que a movimentação da empresa indica saídas nos exercícios de 2012 e 2013 de R\$ 9.422.522,00 e R\$ 8.957.984,00 conforme DMAs o que demonstra extrapolar o limite da ME.

Afirma que a alegação da aplicação da multa de 1% sobre o total das entradas ou saídas é inócua nos termos do art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/96.

Cientificado do resultado da diligência fiscal, o autuado se manifestou em 08/02/2019 (fls. 462 a 463) esclarecendo que tendo tomado ciência da diligência requerida pelo CONSEF (fls. 441/442) devolvendo o prazo para apresentação de provas, requer que por motivo de força maior não conseguiu reunir todos os documentos fiscais solicitados e requer dilação de prazo para apresentação dos documentos solicitados (fls. 441/442).

Em 19/03/ 2019 (fls. 473/475) a estagiária do escritório do Patrono do Autuado requereu cópia do processo (fls. 473/474) o que lhe foi concedido.

Em função do afastamento da relatora Monica Maria Roters, o processo foi redistribuído.

No dia 24/04/2019 o autuado peticionou juntada de documentos (fls. 479 a 487) no qual passou procuração aos advogados Bolivar Ferreira Costa e Marcos Antonio Silva Dias em substabelecimento ao advogado Nicolai Trindade Mascarenhas.

Requereu i) vistas ao processo e ii) retirado da pauta do dia 25/04/19.

A 4ª JJF na sessão de julgamento do dia 25/04/2019 indeferiu o pedido de retirada de pauta do processo fundamentando que:

- A) O processo foi pautado para julgamento em 26/02/2018 e a pedido do autuado foi convertido em diligência (fl. 441) para oportunizar ao sujeito passivo que juntasse provas de que as operações foram tributadas pelo ISS, num prazo de 60 dias;
- B) Na informação fiscal de fls. 447 a 452 o autuante esclareceu que decorrido o prazo de 60 (sessenta) dias o autuado limitou-se a remeter cópias das DMAs;
- C) O autuado se manifestou em 08/02/2019 (fls. 462 a 463), requerendo prazo para reunir todos os documentos fiscais solicitados (fls. 441/442);
- D) Em 19/03/2019 (fls. 473/475) foi fornecido cópia do processo ao autuado (fls. 473/474);
- E) O processo já tinha sido retirado de pauta para atender pedido do autuado em 26/02/2018 com concessão de prazo de 60 (sessenta) dias e tendo decorrido mais de um ano o sujeito passivo não juntou qualquer prova aos autos. Também, que já foi fornecido cópia do processo anteriormente e não se justifica o pedido de vistas ao processo.
- F) Quanto ao substabelecimento de novo advogado, a 4ª JJF entendeu que isso se trata de contrato de interesse particular entre as partes e não pode interferir na consecução dos atos administrativos públicos pertinente a instrução, pauta e julgamento do processo.

Após a leitura do relatório e sustentação oral do patrono do autuado, na assentada do julgamento em 25/04/2019 (fl. 490) a 4ª JJF, com esta relatoria decidiu converter o processo em diligência no sentido de que a empresa fosse intimada para:

- 1) Apresentar livros e documentos fiscais para comprovar a natureza da prestação dos serviços de transportes, a exemplo do valor de R\$493.401,73 indicado na DMA (fl. 17) que não foi tributado pelo ICMS (lançado como OUTRAS);
- 2) Prova objetiva: Nota fiscal, livro de Apuração do ISS, Documento de Arrecadação Municipal (DAM) ou documentos fiscais de prestação e serviços (OUTRAS).

Caso o autuado atendesse a intimação, encaminhar para o autuante produzir nova informação fiscal e se resultasse em mudanças nos demonstrativos originais, que fosse cientificada a empresa concedendo prazo de dez dias para se manifestar.

O autuante na informação fiscal de fl. 505, afirmou que diante do fato do contribuinte ter encerrado suas atividades e encontrar-se na situação de INAPTO no cadastro da SEFAZ, encaminhou o processo à SAT/DAT/METRO/SEPAF para intimar os sócios.

Foi encaminhado mensagem para o Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) cadastrado na SEFAZ em 31/08/2021 (fl. 506), que não foi lida e considerado ciência tácita em 06/09/2021.

Nas fls. 507 e 508 foi juntado cópia das informações cadastrais do contribuinte, constante no banco de dados da SEFAZ, dos sócios Dimas José da Silva/Administrador (início em 01/09/2011) e Douglas Rodrigues de Almeida/Titular (início em 15/05/2020).

Foi juntado às fls. 510/511, cópia da intimação da diligência determinada pela 4ª JF (fl. 490), encaminhada pelos Correios (Aviso de Recebimento-AR), para a residência do sócio Douglas Rodrigues de Almeida, residente a Rua João Bião de Cerqueira nº 274, bairro da Pituba, CEP 41.830-580, município de Salvador.BA, com recebimento no endereço em 01/04/2021, concedendo prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar.

Da mesma forma, foi juntado às fls. 513/514, cópia da intimação da diligência encaminhada por AR, para a residência do sócio Dimas José da Silva, residente a Rua Felipe dos Santos nº 385, apto 901, bairro de Lourdes, CEP 30.180, município de Belo Horizonte.MG, com recebimento no endereço em 01/11/2021.

VOTO

Inicialmente, em razão de diversas intervenções no processo, faço uma síntese cronológica:

26/02/2018: A 4ª JF determinou a realização de diligência fiscal (fls. 441/442), em atendimento a pedido de diligência da empresa para identificar operações de transportes tributadas pelo ISS;

18/10/2018: Intimado para apresentar documentação com prazo de 60 (sessenta) dias, não se manifestou (fls. 447/460);

07/02/2019: O advogado Nicolai Trindade Mascarenhas, OAB/BA 22.386, requereu dilação de prazo (fls. 462/463), com procuração passada pelo sócio Luís Torquato Pereira Lima (fl. 465), admitido em 01/09/2016 (Alteração contratual 15 - fls. 466/470);

19/03/2019: Foi fornecida cópia do processo (fls. 473/474);

24/04/2019: Os advogados Bolivar Ferreira Costa, OAB/BA 5.082, e Marcos Antonio Silva Dias, OAB/BA 18.345, juntam procuração passada pelo sócio Luís Torquato Pereira Lima (fl. 480), que requereram nova diligência fiscal que acolhida pela 4ª JF (fl. 490);

20/08/2021: Intimado pelo DTE e sem resposta, o autuante juntou cópia dos dados cadastrais (fls. 507/508), a qual indica que o sócio Luís Torquato Pereira Lima, foi excluído do quadro de titular da empresa em 15/05/2020 (fl. 507/verso), tendo como sócios ativos naquela data Dimas José da Silva/Administrador e Douglas Rodrigues de Almeida/Titular.

Pelo exposto, tendo o sócio Luís Torquato Pereira Lima sido afastado do quadro de sócios da empresa em 15/05/2020, não possui validade jurídica a procuração por ele passada para os advogados Bolivar Ferreira Costa e Marcos Antonio Silva Dias. Portanto, foi extinta a delegação passada pelo sócio administrador, tendo em vista que deixou de integrar o quadro de sócios da pessoa jurídica do estabelecimento autuado.

Consequentemente, são válidas as intimações expedidas para os sócios ativos da empresa Dimas José da Silva e Douglas Rodrigues de Almeida, conforme consta no cadastro da SEFAZ, nos termos do art. 108 do RPAF/AB, feita por via postal, tendo em vista que a empresa encontra-se na condição de INAPTO (fl. 507), desde 13/06/2020. Também, deve ser considerada a intimação por meio eletrônico, formalizada pelo DTE, nos termos do art. 108, § 3º, III que prevê que a comunicação por meio do DT-e será considerada recebida “no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo”, visto que a intimação de 31/08/2021, (fl. 506), não foi acessada no prazo legal concedido.

Feitas estas considerações, passo à análise do feito. O presente Auto de Infração acusa recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas prestações de serviços de transporte rodoviário.

O autuado suscitou a nulidade da autuação, argumentando que foi indicado dada de vencimentos equivocadas não podendo “*admitir que os fatos geradores de um ano inteiro tenham ocorrido apenas em 31 de cada mês*”, relativo às operações ao longo dos meses de 2012 e 2013.

No tocante a esta nulidade, observo que foi exigido ICMS com datas de ocorrência no último dia do mês dos exercícios de 2012 e 2013, com data de vencimento no dia 09 do mês seguinte. Observo que a exemplo do mês 01/2012, foi juntada cópia da DMA mensal do mês de 01/2012 (fl. 17), indicando o valor contábil das prestações de serviços de transportes do mês, apurado o valor devido (fl. 13), e deduzido o valor recolhido no mês, exigindo a diferença a recolher.

Pelo exposto, o art. 32 da Lei 7.014/96, estabelece que o recolhimento do imposto deve ser feito como base nos prazos estabelecidos pelo regulamento e o art. 322, I do RICMS/2012, que determina que o recolhimento do ICMS será feito até o dia 9 do mês subsequente à ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuinte sujeito à apuração pela conta corrente fiscal.

Ressalte-se que não se trata de imposto exigido mediante *levantamento de estoque*, como foi indicado na decisão proferida pelo TJ do Estado de Minas Gerais. Portanto, fica afastada a nulidade suscitada.

No tocante à nulidade suscitada sob alegação de que foram apontados erros na base de cálculo do ICMS, sem indicar de forma clara nos demonstrativos, constato que conforme apreciado anteriormente, a fiscalização tomou como base de cálculo o valor escriturado no livro fiscal e DMA onde foram registradas as operações, a exemplo do mês de janeiro/2012 (fl. 17), totalizando R\$ 800.427,39, foi aplicado o percentual de 5%, aplicando a redução da base de cálculo, e do valor devido de R\$ 40.021,37, (fl. 13), foi deduzido o valor recolhido de R\$ 15.351,29, e exigida a diferença de R\$ 24.670,08.

Pelo exposto, a apuração do valor devido foi feita com base nos valores escriturados e declarados pelo estabelecimento autuado, sendo claro o valor da apuração feito pela fiscalização, e o sujeito passivo não efetuou prova junto à defesa, nem em atendimento à diligência fiscal realizada para que demonstrasse as operações isentas e “outras” escrituradas nos livros fiscais. Dessa forma, considero que a apuração do ICMS exigido é compreensível, foi feita com base nos valores escriturados pelo autuado, e não procede a nulidade suscitada de que falta clareza na autuação, mesmo porque foi oportunizado por meio de diligência fiscal e não foram carreadas aos autos as provas requeridas para promover o saneamento do processo administrativo fiscal, inexistindo cerceamento do direito de defesa, e situações previstas no art. 18 do RPAF/BA.

Quanto à decadência suscitada relativa a fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, observo que conforme consolidados no Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, da PGE/PROFIS, tendo o contribuinte declarado o fato jurídico tributário e recolhido imposto a menos que o devido no exercício de 2012, aplica-se a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, com a contagem do prazo a partir do mês da ocorrência do fato gerador.

Portanto, assiste razão ao estabelecimento autuado, considerando que o contribuinte foi cientificado da autuação em 26/04/2017 (fl. 83), decaíram os valores exigidos nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2012, com valores respectivos de R\$ 24.670,08; R\$ 15.522,24 e R\$ 15.821,58, totalizando R\$ 56.043,90. Portanto, ficam afastados os valores em que operou a decadência.

No que se refere ao pedido de realização de diligência fiscal, observo que o mesmo foi atendido pela 4ª JJF (fls. 441/442), entretanto, tendo sido reaberto o prazo de defesa na sessão de julgamento

em 26/02/2018 (fl. 412), e intimado em 10/12/2018 (fl. 460), o autuado requereu prorrogação em 08/02/2019 (fl. 461/463), mas não se manifestou.

A 4ª JJF na assentada do julgamento em 25/04/2019 (fl. 490), com esta relatoria, converteu mais uma vez o processo em diligência, no sentido de que a empresa apresentasse livros e documentos fiscais para comprovar a natureza da prestação dos serviços de transportes, tendo a empresa sido intimada por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), e por meio dos Correios (AR), com endereçamento da intimação para os sócios Douglas Rodrigues de Almeida, e Dimas José da Silva (fls. 507/verso e 511e 513), não foi atendido no prazo concedido.

Pelo exposto, considero que foi atendido mais de uma vez o pleito do autuado, mas as diligências realizadas não produziram qualquer efeito jurídico.

No mérito, o autuado alega que o lançamento exige pagamento de ICMS relativo a erro na determinação da base de cálculo, nas Prestações de Serviço de Transporte Rodoviário, tendo a fiscalização desclassificado os serviços escriturados como “isentos/não tributados/outros”.

Observo que conforme apreciado nas preliminares de nulidades, no demonstrativo de fls. 13 e 14, a fiscalização tomou como base os valores escriturados no livro de Registro de Apuração de ICMS e declarado na DMA, apurou o valor do imposto devido aplicando o percentual de 5% (considerando a redução da base de cálculo), sobre o valor total dos serviços de transportes prestados, e deduziu o valor que foi recolhido no mês, exigindo a diferença devida.

Diante da alegação de que foi exigido ICMS relativo a operações isentas/não tributadas, a 4ª JJF determinou a realização de diligência fiscal, na qual o sujeito passivo foi intimado para comprovar a isenção, não tributação ou prestação de serviço tributado pelo ISS.

Como o defendente alegou que foi exigido ICMS sobre operações outras (isentas e não tributadas), considero que cabe a ele apresentar as provas neste sentido, o que não foi feito junto com a defesa, nem em atendimento a diligência fiscal.

Pelo exposto, aplico o disposto no art. 143 do RPAF/BA, ou seja, a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção fiscal. Por isso, considero procedente a exigência fiscal.

Com relação à alegação de que foi aplicada multa de 1% relativa a não escrituração de documentos fiscais, nos termos do *art. 42, incisos IX e XI da Lei n.º 7.014/96*, considero prejudicada a sua análise, tendo em vista que o Auto de Infração não contempla infração desta natureza, inclusive dos *Acórdãos CJF 0037-11/10, CJF 0433-13/13, CJF 0250-11/10 e CJF 0025-11/10* (fls. 108 a 111), tendo em vista que se tratam de multas por descumprimento de obrigações acessórias, que não foi aplicada nesta autuação.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, portanto é legal.

Com relação à alegação de que a multa é de caráter confiscatório e inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA (Dec. 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Além disso, o art. 159 do RPAF/BA, que previa requerimento à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade, foi revogado pelo Dec. nº 16.032/2015, portanto, este órgão julgador não possui competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de descumprimento de obrigação principal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com afastamento dos valores exigidos nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2012, totalizando R\$ 56.043,90, que

foram fulminados pela decadência, ficando reduzido o débito original de R\$ 460.058,68, para R\$ 404.014,78.

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 n.º **281105.0010/17-1**, lavrado contra **EXPRESSO LINHA VERDE LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 404.014,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2022.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR