

A. I. N° - 232948.0011/20-4
AUTUADO - AJLR TRANSPORTE LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - DAT METRO/INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 30/12/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0260-01/22-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/03/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 208.157,88, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Infração 01 - 03.04.03 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nas Prestações de Serviço de Transporte Rodoviário.*

Consta adicionalmente o registro de que o autuado utilizou crédito a maior nas aquisições de combustíveis destinados a atividade da empresa nos exercícios de 2018 e 2019.

Período de ocorrência: janeiro a abril, junho, agosto e setembro de 2018, abril a novembro de 2019.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.16 a 22).

Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre o lançamento. Assinala que a infração foi enquadrada nos artigos 24, 26 e 34, inciso XII da Lei 7.014/96 c/c artigo 305 do RICMSBA/12, Decreto nº 13.780/2012, ao passo que a penalidade foi capitulada no artigo 42, inciso II, alínea "a", da Lei 7.014/96.

Alega que houve total inadequação da infração imputada, haja vista que não há que se falar em apropriação de crédito a maior nas compras de combustíveis destinados a atividade da empresa, no caso a atividade principal de transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional, enquadrada no código CNAE 49.30.2-02, já que aderiu ao crédito presumido de 20% do ICMS, nos termos do inciso III, alínea "b" do art. 270 do RICMS/BA, o que, por si só, deverá ensejar no reconhecimento da nulidade ou da improcedência da autuação, nos termos do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99. Neste sentido, reproduz o art. 18 do referido RPAF/BA/99.

Salienta que não obstante, em face ao princípio da eventualidade, cumpre-lhe demonstrar os erros de fato na apuração feita pela Fiscalização para fins de lançamento.

No tocante às exigências atinentes ao exercício de 2018, alega o seguinte:

(i) mês de janeiro/2018. A diferença exigida no valor de R\$ 69.723,81 não merece prosperar, pois decorrente do CTE 20615, conforme memória de cálculo que apresenta. Diz que houve um mero erro de digitação, haja vista que o valor do frete é superior ao valor da própria mercadoria, tendo o tomador do serviço emitido a Nota Fiscal n. 354981 para anulação da operação, e, imediatamente, foi emitido o CTE n. 21225 em substituição, com base na documentação que anexa (Doc. 02), nos termos da cláusula décima sétima do Ajuste SINIEF n. 09/2007;

(ii) mês de fevereiro. A diferença de R\$ 924,90 é decorrente do CTE 21568 (Doc.03), sendo que se trata de operação [prestação] intraestadual, estando dispensado do recolhimento do ICMS nos termos do art. 12 da Lei n. 8.534/2002, vigente à época dos fatos, tendo o imposto sido destacado por equívoco;

(iii) meses de março e abril. As diferenças de R\$ 456,57 e R\$ 115,20, respectivamente, o autuante não observou que os CTEs 22073 e 22497 dizem respeito a operações [prestações] iniciadas noutras Estados, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.014/96, que deve ser excluída da autuação;

(iv) mês de junho/2018. A divergência decorre do CT-e 23346 emitido corretamente à alíquota de 4%, contudo, na apuração e EFD fora considerada a alíquota equivocada de 12%, inexistindo, desse modo, saldo a recolher de ICMS;

(v) mês de setembro/2018. A diferença de R\$ 47,66 não conseguiu identificar, haja vista que o ICMS recolhido está em linha com aquele declarado na EFD, inclusive com o próprio demonstrativo do autuante. Pugna que o autuante indique o número do CT-e.

Quanto às exigências referentes ao exercício de 2019, alega que em todos os meses objeto da autuação houve equívoco do autuante, em razão do cômputo indevido de operações [prestações] isentas, referentes a serviços realizados dentro do Estado, bem como serviços iniciados noutra Estado, devendo ser expurgadas da autuação.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, caso não ocorra a revisão fiscal na Informação Fiscal, à luz das justificativas e documentos trazidos aos autos.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 306 a 310). Consigna que utilizou indevidamente na descrição da infração a frase: “Contribuinte usou crédito a maior nas compras de combustíveis destinados a atividade da empresa nos exercícios 2018 e 2019”, por isso deve ser desconsiderada.

No tocante às alegações defensivas referentes exigências de 2018, esclarece o seguinte:

- meses de janeiro e fevereiro de 2018 – excluiu os valores exigidos;
- mês de março de 2018 – “Permanece a cobrança visto que o CT-e 22073 com os valores de R\$ 456,57 não está incluído no levantamento”;
- mês de abril de 2018 – “Permanece a cobrança do CT-e 22497, no valor de R\$ 115,20, visto que não foi incluído no levantamento”;
- mês de junho de 2018 – “Permanece a cobrança do CT-e 23346 visto que a operação estar correta”;
- mês de agosto de 2018 – “Permanece a cobrança visto que que a autuado não defendeu, concordando com o crédito cobrado”;
- mês de setembro de 2018 – O valor de R\$ 47,66 foi incluído indevidamente nos cálculos e, portanto, foi excluído da autuação.

Apresenta demonstrativo atinente aos períodos em que foram mantidas as exigências, no caso meses de março, abril, junho e agosto de 2018.

No que concerne ao exercício de 2019, esclarece o seguinte:

Excluiu os CT-es referentes às operações [prestações] isentas, com CFOP 5352;

Excluiu os CT-es referentes às operações iniciadas em outros Estados, com CFOP 6932.

Apresenta demonstrativo com o resultado dos ajustes realizados.

Consigna que após as retificações realizadas remanesceram os valores que apresenta no demonstrativo que elaborou no total de ICMS devido de R\$ 103.715,35.

O autuado apresentou petição (fls. 324/325 - frente e verso) na qual requer que diante a ausência da informação fiscal e dos demonstrativos, documentos essenciais para o exercício do seu direito de defesa seja refeita a intimação, com fornecimento de cópia das informações fiscais e dos demais documentos anexados aos autos pelo autuante e que seja deferido novo prazo para apresentar sua manifestação.

O autuante, cientificado do pedido do autuado, se pronunciou (fl.328) no sentido de que fosse concedido o prazo solicitado.

O Inspetor Fazendário da INFRAZ ATACADO se pronunciou à fl. 328-v., no sentido de reabertura do prazo conforme sugerido pelo autuante.

Consta às fls. 329/330, intimação ao autuado, via postal, com o encaminhamento da Informação Fiscal e demonstrativos elaborados pelo autuante.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 333 a 339). Consigna que após análise da impugnação o autuante revisou o lançamento para redução do valor principal de R\$ 208.157,99 para R\$ 193.715,35, cuja redução requer seja homologada por ocasião do julgamento.

No tocante ao valor remanescente, afirma que também não merece prosperar, pois, conforme consta na descrição dos fatos, houve a acusação de utilização de crédito a maior das compras de combustíveis destinados à atividade da empresa nos exercícios de 2018 e 2019, fato que, por si só, deverá ensejar no reconhecimento da nulidade, em face à total inadequação da acusação fiscal.

Invoca o princípio da eventualidade para sustentar que também deve ser cancelado o saldo mantido em face aos erros de fato cometidos pelo autuante na apuração dos valores do imposto nas prestações de serviço de transporte rodoviário.

Assevera que, não obstante tenha revisado o levantamento e reduzido o valor do débito, o autuante deixou de excluir os CT-es com os CFOPs 5.352, 5.353 e 6.932 das competências de maio, junho, julho, outubro e novembro de 2019, razão pela qual também deve ser revisado o demonstrativo relacionado às operações não elegíveis para fins de tributação do ICMS, devendo ser cancelada integralmente a autuação.

Finaliza a Manifestação requerendo a homologação da redução da autuação para o valor principal de R\$ 103.715,35, como reconhecido pelo próprio autuante, e, no tocante ao saldo mantido, que seja reconhecida a nulidade. Sucessivamente, requer, frente ao princípio da eventualidade, seja cancelado o saldo mantido em face aos erros cometidos pelo autuante. Requer, ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência Auditor Fiscal estranho ao feito com relação ao saldo mantido, caso o autuante resista a revisão dos valores, à luz das justificativas e documentos trazidos aos autos.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado se pronunciou (fls. 342 a 344).

No que tange a preliminar de nulidade da autuação, diz que na Informação Fiscal de fls. 306 a 318, reconheceu o erro de digitação, tendo sido o autuado cientificado, fl. 321, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, embora sua peça defensiva não tenha “comprova de não ter sido prejudicada quanto ao entendimento e compreensão da transgressão”.

Sustenta que assim sendo, não vislumbra nenhum fato que se contraponha ao previsto no artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, salienta que conforme visto, o lançamento alcança os fatos geradores dos exercícios de 2018 e 2019, tendo sido apurado recolhimento a menor do ICMS Transportes, apurado na EFD-Escrivaturação Fiscal Digital em função de erro na base de cálculo do Crédito Presumido, pelo qual é optante (fl. 17), previsto no artigo 270, III, “b”, do RICMS/12.

Esclarece que após verificação dos argumentos defensivos e reexame das provas apresentadas pelo autuado, fls. 31/v a 304, comprovou as seguintes ocorrências, passíveis de retificação do levantamento fiscal:

- (a) O cancelamento do CT nº 20615 pela Nota Fiscal nº 354891 e a substituição pelo CT nº 21225.
- (b) Inclusão de prestações intermunicipais cujo ICMS é dispensado do recolhimento na forma da Lei nº 8.534/02.
- (c) Retificação da alíquota de 12% para 4% do CT nº 23346, fls. 36.

Pontua que além dos fatos relacionados pelo autuado na peça defensiva, comprovou que no período de julho a dezembro de 2018 as prestações realizadas com o tomador BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA, I.E: 45.535.530 e CNPJ: 01.561.279/0001-45 foram objeto de substituição tributária, na forma prevista no artigo 8º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, cuja redação reproduz. Já no exercício de 2019, diz que não comprovou a retenção do ICMS por parte do tomador do serviço e nem o autuado fez prova nos autos pelo que mantém o valor, após a exclusão das inconsistências apontadas na Defesa e Manifestação do Contribuinte de fls. 324 a 339.

Conclusivamente, diz que acolhidas as razões defensivas e comprovados os recolhimentos pelo tomador dos serviços no exercício de 2018, o ICMS devido fica reduzido para o valor total de R\$ 4.503,83, conforme Demonstrativo de Débito que apresenta.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, cientificado da segunda Informação Fiscal prestada pelo autuante se manifestou (fls. 356 a 363). Reitera os seus argumentos defensivos atinentes à nulidade da autuação por inadequação da infração imputada e cerceamento do direito de defesa. Acrescenta que o prazo legal para o Contribuinte se defender do lançamento é de 60 dias e não 10 dias, tendo havido clara desídia com relação ao seu direito de defesa de 60 dias para se manifestar acerca da modificação introduzida no lançamento.

Assevera que por essa razão necessariamente o Auto de Infração é nulo por ofensa ao seu direito de defesa.

Alega que as informações fiscais apresentadas insistem no cometimento do mesmo erro causando mais um cerceamento do direito de defesa, haja vista que mais uma vez houve alteração do lançamento, desta feita, no seu critério quantitativo, contudo o prazo concedido para que se manifestasse foi de 10 dias e não de 60 dias, conforme previsto legalmente.

Afirma que se isso não bastasse, não foi apresentado um demonstrativo detalhado indicando quais Notas Fiscais que foram mantidas, haja vista que o demonstrativo apresentado é sintético, conforme reproduz. Alega, ainda, que a planilha enviada em anexo a aba referente ao exercício de 2019 não permite identificar quais as notas fiscais que compõem o valor remanescente de R\$ 4.503,83, conforme print da referida planilha que apresenta.

Assevera que dessa forma, também nesse ponto teve o seu direito de defesa prejudicado, haja vista que não consegue uma precisa identificação dos fatos que compõem o valor cobrado na autuação, razão pela qual deverá o Auto de Infração ser julgado nulo.

Finaliza a Manifestação requerendo a improcedência total do Auto de Infração. Requer, ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, caso não ocorra a revisão na Informação Fiscal, à luz das justificativa e documentos trazidos aos autos.

Presente a sessão de julgamento o representante do patrono o advogado Dr. Gervasio Liberal OAB/BA 25.476.

VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nas Prestações de Serviço de Transporte Rodoviário, sendo que, adicionalmente, consta o registro que o autuado utilizou crédito a maior nas aquisições de combustíveis destinados a atividade da empresa nos exercícios de 2018 e 2019.

O impugnante argui a nulidade da autuação sob o fundamento de total inadequação da infração imputada, afirmando que descabe se falar em apropriação de crédito a maior nas compras de combustíveis destinados a atividade da empresa - atividade principal de transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional, enquadrada no código CNAE 49.30.2-02, haja vista que optou pelo crédito presumido de 20% do ICMS, nos termos do inciso III, alínea “b” do art. 270 do RICMS/BA, o que, segundo alega, por si só, deverá ensejar no reconhecimento da nulidade ou da improcedência da autuação, nos termos do artigo 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99.

O autuante na Informação Fiscal diz que utilizou indevidamente na descrição da infração a frase: “Contribuinte usou crédito a maior nas compras de combustíveis destinados a atividade da empresa nos exercícios 2018 e 2019”, tendo ocorrido erro de digitação e por isso deve ser desconsiderada.

A meu ver, no presente caso, assiste razão ao impugnante.

De fato, o equívoco da acusação fiscal não reside apenas na descrição, no erro de digitação, conforme aduzido pelo autuante, mas, também, no próprio enquadramento legal, haja vista que indicados no Auto de Infração os artigos 24, 26 e 34, inciso XII da Lei 7.014/96 c/c artigo 305 do RICMS, Decreto nº 13.780/2012.

O artigo 305 do RICMS, Decreto nº. 13.780/12, dispõe sobre a apuração do imposto no regime de conta corrente fiscal mediante a compensação dos créditos fiscais escriturados mais o saldo credor de período ou períodos porventura existentes com o montante dos débitos do período.

Assim estabelece o referido artigo 305 do RICMS, Decreto nº.13.780/12:

Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

§ 1º Para efeitos de liquidação das obrigações por compensação ou mediante pagamento em dinheiro, observar-se-á o seguinte:

I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso;

II - se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado na legislação;

III - se o montante dos créditos superar o dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte. § 2º Os débitos e os créditos devem ser apurados por estabelecimento do sujeito passivo. § 3º O crédito deverá ser escriturado pelo seu valor nominal.

Ocorre que confirmando a alegação do impugnante, na Informação Fiscal, o autuante diz que foi apurado recolhimento a menor do ICMS Transportes na Escrituração Fiscal Digital-EFD, em função de erro na base de cálculo do Crédito Presumido, pelo qual é optante o autuado, conforme previsto no artigo 270, III, “b”, do RICMS/12.

O referido artigo 270, III, “b”, do RICMS/12, estabelece o seguinte:

Art. 270. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher, em opção ao aproveitamento de quaisquer outros créditos vinculados às referidas operações ou prestações:

[...]

III - aos prestadores de serviços de transporte, observado o § 1º:

b) nas prestações de serviços de transporte rodoviário, aquaviário, dutoviário ou ferroviário, de bens, mercadorias e pessoas, efetuadas por empresas transportadoras ou por transportadores autônomos, o crédito presumido será de 20% (vinte por cento) do valor do ICMS devido nas prestações (Conv. ICMS 106/96);

Portanto, existe um flagrante equívoco na acusação fiscal, inclusive no seu enquadramento legal, assistindo razão ao impugnante quanto à nulidade arguida, por não ser possível o saneamento,

haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal.

Diante disso, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232948.0011/20-4**, lavrado contra **AJLR TRANSPORTE LTDA**.

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, 19 de dezembro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR