

A. I. N° - 281105.0001/20-2
AUTUADO - GRIFFI TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/12/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0275-04/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou caracterizado que o autuado, na condição de empresa prestadora de serviços de transportes, não era optante pelo crédito presumido estabelecido no art. 270 do RICMS e sim apurava o imposto pelo regime normal, dessa forma utilizou créditos fiscais decorrentes de aquisições de combustíveis e lubrificantes para utilização nos veículos que utiliza para consecução de suas atividades. Ficou evidenciado que o autuado, na condição de adquirente das mercadorias, não observou a obrigação de emitir notas fiscais de entradas a título de “recuperação de créditos fiscais”, consoante ordena a legislação nos termos do art. 292, § 2º, incisos I e II, do RICMS-BA/BA, implicando apenas em descumprimento de dever instrumental, que sujeitaria o contribuinte a penalidade compatível estabelecida pela legislação específica. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2020, exige ICMS, no valor de R\$ 2.093.915,10, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de ter optado pela utilização de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher.*

O autuado, por intermédio de seus patronos, conforme instrumento apenso à fl. 82, ingressou tempestivamente com Impugnação ao lançamento, fls. 59 a 76, inicialmente falando sobre a tempestividade da sua apresentação. Após diz ser pessoa jurídica de direito privado que tem como principal atividade de prestação de serviços de transporte de cargas, sujeitando-se, assim, à incidência do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação - ICMS.

Transcreve o teor da acusação e diz que de acordo com o contido na descrição dos eventos, a fiscalização asseverou que “sendo (o contribuinte) optante da tributação através de crédito presumido, fez lançamentos de créditos em percentuais superiores aos permitidos por lei, motivo pelo qual foi autuada”.

Numa análise preliminar da autuação já é possível verificar que o crédito tributário exigido da Impugnante em 31/03/2020 (data de lavratura do auto), vinculado a fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2015 e dezembro de 2017, está em parte decaído, por força do quanto disposto no art. 150, §4º do Código Tributário Nacional (CTN).

Ademais, analisando o mérito, comprovará a impugnante que não optou no período pela dedução de créditos na sistemática do Convênio ICMS nº106/1996, de modo que todo o racional utilizado

pela fiscalização para lavrar o presente auto de infração está equivocado desde a partida, não havendo outro destino senão a de declaração de sua improcedência total.

Diz que de acordo com o art. 150 §4º do Código Tributário Nacional, tendo o contribuinte efetuado recolhimentos relativos a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2015 e 31/03/2015, não poderia o Fisco estadual exigir supostas diferenças de imposto e impor multa punitiva vinculada a estes fatos em 31/03/2020, quando já expirado o prazo de que dispunha para se pronunciar acerca do procedimento adotado pelo contribuinte.

Ressalta que o prazo decadencial, no caso em questão, não se rege pelo inciso I do artigo 173 do CTN, tendo em vista que não ocorreu dolo, fraude ou simulação, tendo a Impugnante recolhido todo o imposto que entendia ser devido no período autuado.

Igualmente inaplicável ao caso concreto a regra do artigo 107-B, § 5º, do Código Tributário da Bahia, que vigorou na época dos fatos geradores até ser revogado pela Lei nº 13.199, de 28/11/14.

Informa que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 08, determinando a aplicação do prazo decadencial instituído pelo Código Tributário Nacional, para as contribuições devidas à Seguridade Social. O fundamento da decisão foi que lei ordinária não pode dispor sobre prazos de decadência e prescrição de tributo, questões reservadas à lei complementar, devendo o Código Tributário Nacional prevalecer em desfavor de qualquer outra orientação normativa.

Note-se que este também é o entendimento da Procuradoria da Fazenda do Estado da Bahia, que se manifestou através do Despacho PGE 2011406981-0 pela contagem do prazo decadencial à luz do §4º do art. 150, do Código Tributário Nacional, recomendando, inclusive, a elaboração de projeto de lei para alterar a regra contida no COTEB.

Por esta razão é que foi editada a Lei nº 13.199, de 28/11/14, que expressamente revogou o § 5º do artigo 107-B do Código Tributário da Bahia, caindo por terra, em caráter definitivo, o entendimento do Estado da Bahia no sentido de adotar o 1º dia do exercício financeiro subsequente ao da ocorrência do fato gerador para início do cômputo do prazo decadencial nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Acrescenta que, ainda após a revogação do artigo 107-B, §5º, do COTEB, remanesceram discussões acerca da aplicabilidade da regra do §4º do art. 150, do Código Tributário Nacional no caso concreto. Questionava-se a partir de quando e em quais casos este entendimento deveria ser adotado pela SEFAZ e pela PGE: se somente nos processos iniciados após a revogação do artigo 107-B, §5º, do COTEB ou também naqueles iniciados antes desta revogação. Para dirimir este conflito, sobreveio o Procedimento de Uniformização de Jurisprudência PROCESSO nº PGE2016194710-0 Note-se que a própria Procuradoria do Estado da Bahia orienta seus representantes a se absterem de recorrer dos processos relativos a Autos de Infração lavrados: (i) quando verificada a existência de operação declarada com pagamento integral ou parcial; (ii) sem a ocorrência de dolo, fraude ou simulação e (iii) relativos a fatos geradores posteriores a 12/06/2008.

Considerando que os fatos objetos da presente autuação indicam operação declarada com pagamento integral (na visão da Impugnante) ou parcial (na equivocada visão do Fisco estadual), com evidente ausência de dolo, fraude ou simulação, relativos a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2015 e 31/03/2015, não resta dúvida quanto à aplicabilidade do §4º do artigo 150 do CTN ao caso concreto, de acordo com o entendimento do órgão de representação jurídica do Estado da Bahia.

Ressalta que o citado Procedimento de Uniformização de Jurisprudência já vem sendo aplicado pelas Câmaras de Julgamento do E. Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, conforme Acórdão JJF nº 0223-01/17 cujo trecho de voto copiou.

Diante de todo o exposto, protesta a Impugnante pelo reconhecimento da decadência dos créditos tributários de multa vinculada aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/2015 e 31/03/2015, face aos fatos e fundamentos jurídicos acima demonstrados.

Abre tópico denominado “Da Inexistência de Crédito Indevido” – Contribuinte Não Optante do Crédito Presumido de que trata o Convênio ICMS nº 106/1996 e diz que ao analisar a escrituração do contribuinte, entendeu equivocadamente a autoridade fiscal que o contribuinte seria optante do crédito presumido equivalente a 20% do total de operações de saídas tributadas no período, entretanto, o contribuinte sempre apropriou seus créditos pelas aquisições de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte, nos termos do artigo 309, inciso I, alínea c do RICMS/BA.

Embora a apropriação de créditos seja mais fácil e conveniente no modelo do Convênio ICMS nº 106/1996, conforme pode-se observar da planilha anexada ao auto de infração, a apropriação de créditos pelas aquisições – mesmo ante a necessidade de desconsiderar os créditos relativos a operações iniciadas fora do estado – se revela muito mais vantajosa para o contribuinte.

Observa, por exemplo, as informações do quadro abaixo, relativas ao mês de julho de 2015, que demonstram que o cálculo por uma ou por outra metodologia representa uma diferença de quase 100% do valor do crédito apurado:

Saldo Devedor Total Apurado	Ajuste de Créditos (contribuinte)	Ajuste de Créditos (Fisco)	Valor Cobrado no mês (auto de infração)
A	B	C=A*20%	B-C
R\$ 174.213,86	R\$ 70.026,51	R\$ 34.842,77	R\$ 35.183,74

Por esta razão, enfatiza que a impugnante NUNCA aderiu ao crédito presumido do transportador, tendo em vista que é flagrante a sua desvantagem em relação ao sistema de apuração normal de créditos.

Prossegue informando que ao continuar analisando o mesmo mês, verifica-se, no campo 3, “DESCR_COMPL_AJ” do Registro E111 (Ajuste/benefício/incentivo da apuração do ICMS) do arquivo da EFD ICMS/IPI, a seguinte informação: “CREDITO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS CONF ART 309, PARAG 1, ALINEA C” cujo teor transcreveu. Esta mesma descrição de ajuste aparece **em todos** os arquivos de SPED transmitidos em relação a todos os meses objeto da autuação – janeiro de 2015 a dezembro de 2017.

Em seguida ressalta que na verdade a referência legislativa mais acertada seria “inciso I” e não “parágrafo 1” – é fácil notar que o contribuinte pretendeu, como de fato apropriou os créditos da não-cumulatividade com base nas suas aquisições de combustíveis, e não os créditos presumidos calculados com fundamento no Convênio nº 106/1996, principalmente porque a própria descrição do ajuste da apuração do imposto indica com bastante clareza que se tratam de créditos de combustíveis.

Ademais, caso o contribuinte pretendesse utilizar o referido crédito presumido, teria feito referência ao art. 270, inciso III, alínea b do RICMS/BA, e não ao artigo 309 do mesmo regulamento, conforme redação que copiou:

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);

§ 1º Relativamente à opção pelo crédito presumido de que trata o inciso III:

I - o contribuinte lavrará “Termo de Opção” no Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, na parte destinada à transcrição de ocorrências fiscais, consignando:

a) o nome, a firma ou razão social, a inscrição estadual, o número no CNPJ, a data a partir da qual fará a opção, e a declaração expressa do regime a ser adotado;

b) que a opção pelo crédito presumido alcançará todos os estabelecimentos localizados no território

nacional, na hipótese da alínea “b” (Conv. ICMS 95/99);

II - não deve a partir daí haver alternância de regime dentro do mesmo exercício;

I - o prestador de serviço não obrigado à inscrição cadastral ou à escrituração fiscal apropriar-se-á do crédito no próprio documento de arrecadação.

Assevera que durante o processo fiscalizatório, o auditor fiscal solicitou o Livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (modelo 6) para checar o lançamento do termo de opção de que trata o §1º, inciso I do artigo 270 acima transcrito, tendo podido constatar que não havia lavratura de termo de opção prescrita na legislação acima (ver mensagem DTE nº 148945 e cópia do livro modelo 6, anexas).

Ainda assim, contrariamente a todas as evidências, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, sem qualquer fundamento de fato ou de direito e consigna que o referido livro ainda não foi devolvido pelo auditor autuante.

Aduz ser possível aventar os motivos que tenham levado a erro a autoridade fiscal. Talvez tenha se confundido pelo modo de escrituração dos créditos utilizado pelo contribuinte. De fato, a legislação determina, conforme parágrafos primeiro e segundo do artigo 292 do RICMS/BA, que os créditos de combustíveis sejam lançados por nota fiscal de entrada, podendo ser a de emissão do fornecedor, quando nela vier destacado o imposto (§1º), ou por meio de nota fiscal de emissão própria do contribuinte (§2º).

Observando a escrituração do contribuinte, é possível observar que o procedimento acima não foi adotado, já que, conforme assinalou acima, os créditos foram lançados no campo de outros créditos, como ajuste ao livro de apuração. Esta circunstância, entretanto, tem uma explicação: é que os arquivos do SPED do contribuinte foram enviados extemporaneamente.

Justifica que entre os anos de 2015 e 2017 – justamente o período autuado – o contribuinte enfrentou algumas dificuldades no relacionamento com a empresa que naquele momento lhe prestava serviços contábeis, incluindo a escrituração fiscal. De acordo com a mensagem DTE nº 148943, recebida em 21/01/2020, os arquivos do período foram transmitidos de maneira incompleta.

Atendendo à intimação fiscal constante da mensagem DTE acima citada, o contribuinte, embora tenha apresentado as declarações retificadas dentro do prazo (21/02/2020), já não questiona como seria possível, em fevereiro de 2020, emitir uma nota de entrada eletrônica para lançamento em julho de 2015, por exemplo.

Desta forma, não havendo outro meio possível a ser adotado, e em se tratando de uma impossibilidade temporal, o cliente realizou o cálculo do crédito de imposto que entendia devido e lançou no campo de “outros créditos” do livro de apuração do ICMS.

Assevera que o problema não se refere ao direito de calcular o crédito. Consoante norma do artigo 309, inciso I do RICMS/BA, o crédito é devido, não havendo condicionamento à emissão da nota fiscal para apropriação do crédito. Em outras palavras, a emissão da nota fiscal não é condição *sine qua non* para o aproveitamento dos créditos. Tendo existido efetivamente a operação de compra dos combustíveis, e tendo o contribuinte prestado os serviços sujeitos ao ICMS, sem ter optado pelo crédito presumido, não há como negar o seu direito a crédito, embora, pelo decurso do tempo, tenha se tornado inviável a emissão do documento fiscal previsto no artigo 292 do mesmo regulamento.

Frisa que a autoridade fiscal sequer revisou o cálculo de créditos aproveitado pelo contribuinte; simplesmente deduzindo que o crédito foi calculado na forma presumida do artigo 270 do RICMS/BA, glosou os valores que entendeu aproveitados a maior, sem sequer auditar os cálculos do contribuinte.

Não obstante, mesmo que a autoridade fiscal tenha se confundido, mesmo que, por amor ao argumento, admita-se o descumprimento da obrigação instituída pelo artigo 292 do RICMS/BA, a verdade é que o auto de infração foi lavrado para a cobrança de imposto pelo aproveitamento a maior de crédito, o que se comprovou cabalmente não ter ocorrido.

Da maneira como postas, a descrição da infração e a sua capitulação não são compatíveis com “erro de escrituração”, ou “falta de emissão de nota fiscal prevista na legislação”. Estas infrações, ao demais, acarretariam apenas na aplicação de multas de ofício, jamais na cobrança de imposto.

Ademais, não há que se julgar nestes autos quanto ao montante de créditos aproveitado pelo contribuinte, até porque esta verificação, este debate sequer aconteceu no processo fiscalizatório. Não há, neste modo, “via de sobrevivência” ao presente auto de infração, uma vez que comprovado está, tanto pelos documentos anexados, como pelas evidências fáticas, que a infração que se deseja imputar ao contribuinte é completamente desconexa da realidade.

Entende que uma simples pergunta endereçada ao contribuinte durante o processo de fiscalização, para indagá-lo acerca de sua forma de aproveitamento dos créditos teria direcionado as verificações do auditor para outros caminhos mais adequados, mas infelizmente não foi o que ocorreu.

Assim, por tudo quanto exposto, pede-se seja julgado indevido o lançamento dos créditos tributários nos termos do presente auto de infração, por imposição da verdade e por imposição da lúdima justiça.

Finaliza requerendo que o Livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências seja devolvido ao contribuinte, devendo cópia este ser juntada aos presentes fólios, antes da decisão por esta JJF.

No que atine ao mérito da exação, à vista do exposto, requer que seja reconhecida a decadência do direito do Fisco de lançar os créditos tributários relativos aos períodos de 01/01/2015 e 18/06/2015, conforme exposto no tópico 3.1.

Caso seja superada a preliminar acima, que seja afastada a cobrança do imposto uma vez que não houve aproveitamento a maior de créditos, e que comprovado está que o contribuinte nunca foi optante do crédito presumido do Convênio nº 106/1996, previsto no artigo 270, III do RICMS/BA.

Considerando o formato do arquivo, sua extensão e tamanho, requer a instrução de sua peça de impugnação com os documentos constantes em mídia digital anexa (CD), que deverá estar anexada aos autos, no qual constam os arquivos “.txt” das SPEDS relacionadas ao período autuado, bem como planilha em Excel denominada “EFD_ICMS_105 a 2017_Griffi” com as informações que lastreiam as argumentações defensivas.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal de fl. 151 a 52 faz um resumo dos argumentos defensivos nos seguintes termos:

“Da leitura da peça defensiva verificamos que o Autuado traz à lide dois motivos para combater o lançamento fiscal.

1º) Pleiteia decadência dos valores lançados nos meses de janeiro a março de 2015 (fls. 60 a 67).

2º) Alega que não é optante pela utilização do Crédito Presumido previsto no artigo 270, III, “b”, do Decreto nº 13.780/12, apurando o ICMS na sua escrita fiscal pelo sistema de compensação de créditos e débitos, utilizando os créditos fiscais previstos no artigo 309, I, “c”, do RICMS (fls. 68 a 75). diz preliminarmente que o autuado deixou de atender os incisos IV e V e o § 3º (quanto à juntada de disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso) do art. 8º, bem como a alínea d, inc. III, § 1º do art. 10º do RPAF/BA.”

Em seguida passa a se manifestar dizendo ser indispensável deixar claro que a ação fiscal tem como base os lançamentos regularmente escriturados pelo Autuado na sua EFD – Escrituração Fiscal Digital. Assim, foi identificado, tanto na apuração do ICMS (EFD) quanto nas DMA's registros de valores a título de “Outros Créditos” e não havia registro de entrada de mercadorias passíveis da utilização do Crédito Fiscal conforme artigo 309, I, “c”, do RICMS/12.

Nas datas de 21/01/2020 e 03/03/2020, por duas vezes, o Autuado foi intimado a retificar as EFD dos exercícios de 2015, 2016 e 2017 (fls. 7 a 11).

Até a data da conclusão da ação fiscal, 31/03/2020, as retificações transmitidas pelo Autuado não contemplavam o registro de operações nas quais se pudesse comprovar os créditos fiscais cuja utilização está prevista no citado artigo 309, I, “c”, do RICMS.

O RECIBO DE ENTREGA DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL, fls. 105 a 148, comprovam que não foram incluídas operações de entrada com crédito do imposto. Embora não tenha ficado registrado nas Intimações datadas de 03/03/2020 (fls. 12) e 16/03/2020 (fls. 13), foi solicitado ao Autuado demonstrativo relacionando as Notas Fiscais cujas somas dos Créditos Fiscais foram registradas na EFD e nas DMA's, sob o título de "Outros Créditos".

Pelo fato da não apresentação dos documentos fiscais que dão suporte ao Crédito Fiscal utilizado pelo Autuado, entendeu o Autuante de que, na verdade, se tratavam, aqueles registros, fls. 17 a 51, do Crédito Presumido previsto no artigo 270, III, "b", do RICMS, independente do histórico inserido na EFD fazer referência ao artigo 309. E foi nesta linha de raciocínio que elaborou o demonstrativo de fls. 14 a 16, apurando o valor do Crédito Tributário exigido no Auto ora discutido.

Esclarecidos esses fatos, foi instaurada a lide onde o Autuado requer discutir somente o enquadramento da infração cometida descrita e tipificada pelo Autuante: utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de ter optado pela utilização de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos às operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher.

Embora o Autuado argumente que a matéria em discussão esteja restrita à utilização ou não do Crédito Presumido previsto no artigo 270, III, "b", do RICMS, não pode deixar de rebater a sua alegação de fls. 73.

É que da forma como colocada, tem-se a impressão de que lhe foi solicitada a retificação das EFD de 2015 a para registro de Nota Fiscal de sua emissão, prevista no artigo 292, § 2º, do RICMS.

Afirma que as Intimações foram no sentido de que o Autuado registrasse na EFD as Notas Fiscais emitidas pelos remetentes/fornecedores das mercadorias relacionadas no artigo 309, I, "c", do RICMS/12, emitidas à época dos fatos gerados. Estas, podem ter o ICMS destacado, conforme prevê o § 1º, do artigo 292 do RICMS/12.

Em seguida informa que de fato, não consta registrado no livro RUDFTO o "Termo de Opção" previsto no § 1º, do artigo 270, em resposta ao pedido do Autuado às fls. 75, pelo que julga desnecessário anexar cópia "em branco".

Diante do exposto, opina pela procedência do Auto de Infração nº 281105.0001/20-2 uma vez que, embora não tenha lavrado o "Termo de Opção" para utilização do Crédito Presumido, o Autuado também não comprovou que os valores registrados na EFD e DMA's a título de "Outros Créditos" se referem aos créditos fiscais previstos no artigo 309, I, "c", do RICMS/12, com a apresentação dos referidos documentos fiscais.

Ante aos fatos narrados, e considerando que não consta no PAF provas de que o sujeito passivo foi intimado a apresentar os documentos fiscais que deram respaldo ao Crédito Fiscal lançado em sua escrita fiscal a título de "Outros créditos", uma vez que nas intimações expedidas ao contribuinte tal providência não foi solicitada conforme se verifica à fl. 13, os membros desta 4ª Junta de Julgamento em sessão suplementar realizada do dia 30 de julho de 2021 decidiram pela conversão do processo em diligência para que o fiscal autuante tomasse as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado, concedendo o prazo de 20 dias, a indicar e apresentar os documentos fiscais de aquisição que deram respaldo aos lançamentos inseridos no livro Registro de Apuração de ICMS, a título de "Outros Créditos";
2. Sendo apresentado o acima solicitado atestasse ou não a veracidade dos créditos fiscais e elaborasse novos demonstrativos, se fosse o caso.

À fl. 63 foi anexada cópia de intimação efetuada pelo autuante, dirigida ao defendente, através de DTE, fl. 164, solicitando os documentos fiscais de aquisição que deram respaldo aos lançamentos inseridos no livro Registro de Apuração de ICMS, a título de "Outros Créditos", no período de janeiro de 2015 a dezembro de 2017.

Às fls. 166 a 167 o sujeito passivo se pronuncia externando o entendimento de que a referida intimação extrapola os limites dos deveres atribuídos aos contribuintes, pois, imputa ao autuado a tarefa que deveria ter sido realizada pelo auditor, no período fiscalizatório.

Com base nos artigos 196 a 197 do Código Tributário Nacional diz restar claro que o Termo de Intimação a ele dirigido atribui o encargo de extemporaneamente apresentar documentação que consubstancie o Auto de Infração. Logo, entendendo os julgadores de que os documentos constantes nos autos não são suficientes para embasar o lançamento fiscal à medida que se impõe é a extinção do lançamento. Acrescenta que outro aspecto a ser levado em conta é o prazo decadencial que corre a seu favor. O período fiscalizado compreende os exercícios de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, ou seja, resta configurada a decadência em sentido tributário para o período compreendido entre janeiro de 2015 a fevereiro de 2017.

Requer que todas as publicações e intimações relativas ao processo sejam realizadas em nome dos patronos da causa no endereço que indicou.

Às fls. 185 a 189 foi anexado relatório de diligência realizada pelo auditor estranho ao feito Agilberto Marvila, que inicialmente descreveu o teor da acusação e em seguida informou que os demonstrativos anexados das fls. 14 a 51, especificamente os de fls. 14 a 16, apura a utilização de Crédito Fiscal em valor superior aos 20% (vinte por cento), previsto no Artigo 270, Inciso III, alínea “b”, do Decreto nº 13.780/12.

Informa que a partir da verificação das informações Fiscais declaradas pela Autuada, especialmente na DMA, não restou dúvidas ao Autuante quanto à opção do contribuinte pela utilização do referido Crédito Presumido de 20%.

Copia telas das DMAs referentes a Apuração do Imposto, assim como Relatório da “DMA Consolidada de – 2015”

RELATÓRIO DA DMA CONSOLIDADA 2015

Unidade de Atendimento: SGF/DIRAT/GERAP/CORAP MET		Unidade de Fiscalização: INFAZ ATACADO		
Município: SIMOES FILHO				
Inscrição: 50.787.409		Razão Social : GRIFFI TRANSPORTES LTDA		
Situação: ATIVO		Porte: Médias Empresas		Telefone : (71) 36691081
CNAE - Fiscal: 4930202 - Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e in				
Contador: JOSE MARCELO BRANDAO CARNEIRO		CRC: 16189-BA/O	Telefone: (75) 36049350	
ENTRADA DE MERCADORIAS E/OU AQUISIÇÕES				
	Valor Contábil	Base de Cálculo	Isentas ou não Tributadas	Outras
DO ESTADO				
Compras/Vendas	6.170,01	0,00	0,00	6.170,01
Transportes	0,00	0,00	0,00	0,00
Ativo Imobilizado	140.000,01	0,00	0,00	140.000,01
Mat.p/Usou ou Consumo	3.626.435,50	0,00	0,00	3.626.435,50
Outras	4.000,00	0,00	0,00	4.000,00
DE OUTRAS UF				
Compras/Vendas	70,00	0,00	0,00	70,00
Transportes	0,00	0,00	0,00	0,00
Ativo Imobilizado	1.372.000,00	0,00	0,00	1.372.000,00
Mat.p/Usou ou Consumo	347.126,15	0,00	0,00	347.126,15
Outras	225.000,00	0,00	0,00	225.000,00
TOTAL	5.720.801,67	0,00	0,00	5.720.801,67
SAÍDA DE MERCADORIAS E/OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇO				
	Valor Contábil	Base de Cálculo	Isentas ou não Tributadas	Outras
PARA DENTRO DO ESTADO				
Compras/Vendas	0,00	0,00	0,00	0,00
Transportes	1.546.806,14	337.972,28	771.072,95	437.760,91
Ativo Imobilizado	0,00	0,00	0,00	0,00
Mat.p/Usou ou Consumo	0,00	0,00	0,00	0,00
Outras	0,00	0,00	0,00	0,00
PARA OUTRAS UF				
Compras/Vendas	0,00	0,00	0,00	0,00
Transportes	16.153.079,28	15.811.261,32	17.735,30	324.082,66
Ativo Imobilizado	0,00	0,00	0,00	0,00
Mat.p/Usou ou Consumo	0,00	0,00	0,00	0,00
Outras	0,00	0,00	0,00	0,00
TOTAL	17.699.885,42	16.149.233,60	788.808,25	761.843,57

Em seguida afirma que, no entanto, observou que a Autuada declara na sua EFD - Escrituração Fiscal Digital, fls. 17 a 51, especialmente a partir das fls. 19, o registro de Créditos Fiscais com base no Artigo 309, I, “c”, do Decreto nº 13.780/12:

“Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização, produção rural, geração de energia elétrica e extração mineral ou fóssil;

c) de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte;

...”

Em relação ao pedido solicitado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal informa que em resposta à Intimação de fls. 163 a Autuada apresentou Manifestação do Contribuinte, fls. 165 a 182, apresentando suas razões e motivos para o não atendimento ao pleito. Assim, considerando o não atendimento dos termos da Intimação de fls. 163, restou prejudicada a diligência solicitada e opina pelo retorno dos Autos ao CONSEF.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Camila de Sales Guerreiro Britto, OAB/BA nº 19.750, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi expedido para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 2.096.915,10, em decorrência da seguinte acusação: “ *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de ter optado pela utilização de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher.*

O sujeito passivo requereu a declaração de decadência dos fatos geradores ocorridos entre 01/01/2015 a 31/03/2015, com base /no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “*O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa*”.

O § 4º estabelece que, “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Durante muito tempo, inclusive à época da lavratura do Auto de Infração, ocorrido em 27/12/2015 subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

Tendo em vista as recorrentes decisões do STJ e a interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculante nº 8 do STF a PGE/PROFIS, promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns temas, dentre estes a questão da decadência, com emissão de parecer em *Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0*, nos seguintes termos:

I - Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante

inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

2 - O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, 9 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

3 - Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando:

- a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;
- b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;
- c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. 1, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

No caso presente, vejo que as questões debatidas nestes autos se amoldam à regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, vez que o autuado declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio e o pagamento foi efetuado de acordo com o valor lançado.

O fato de a fiscalização ter apurado *a posteriori* valor que entendeu ter contribuído para ocorrer o recolhimento a menos do imposto por erro na determinação do valor da base de cálculo, não autoriza o lançamento do imposto com base na regra do Art. 173, I do CTN, já que não houve débito declarado e não pago e não há qualquer indício nos autos, de que o Recorrente tenha agido com dolo, fraude ou simulação, quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente.

Isto posto, com lastro no entendimento da PGE/PROFIS consignado através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0 retro transcrito, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 09/06/2015, vez que o mesmo tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 09/06/2020, conforme se observa no Aviso de recebimento anexado à fl. 55, que é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial, devendo, desta maneira, serem excluídos do lançamento os valores relativos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2015, nos valores de R\$ 37.107,88; R\$ 2.474,73; R\$ 49.169,17; R\$ 33.833,45 e R\$ 35.490,78, totalizando R\$ 180.348,01.

No mérito, o sujeito passivo assevera que a fiscalização entendeu equivocadamente que a empresa seria optante do crédito presumido equivalente a 20% do total de operações de saídas tributadas no período, entretanto, sempre se apropriou dos créditos pelas aquisições de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte, nos termos do artigo 309, inciso I, alínea c do RICMS/BA.

Assevera que em todos os arquivos de SPED transmitidos a esta secretaria no período de janeiro

de 2015 a dezembro de 2017 consta no campo 3, “DESCR_COMPL_AJ” do Registro E111 (Ajuste/benefício/incentivo da apuração do ICMS) do arquivo da EFD ICMS/IPI, a seguinte informação: “*CREDITO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS CONF ART 309, PARAG 1, ALINEA C*”, e se caso pretendesse utilizar o crédito presumido teria feito referência ao art. 270, inciso III, alínea b do RICMS/BA.

Acrescenta que também no Livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (modelo 6) não consta a lavratura de termo de opção prescrita no §1º, inciso I do artigo 270 do RICMS, e que o referido livro foi entregue ao autuado, em atendimento à sua solicitação recebida via DTE nº 148945, entretanto, contrariamente a todas as evidências, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, sem qualquer fundamento de fato ou de direito e consigna que o referido livro ainda não foi devolvido pelo auditor autuante.

Reconhece não ter adotado, em sua inteireza as determinações contidas no artigo 292 do RICMS/BA, no sentido de que os créditos de combustíveis sejam lançados por nota fiscal de entrada, podendo ser a de emissão do fornecedor, quando nela vier destacado o imposto (§1º), ou por meio de nota fiscal de emissão própria do contribuinte (§2º), já que os créditos foram lançados no campo de outros créditos, como ajuste ao livro de apuração.

Justifica esta circunstância, reconhecendo que os arquivos do SPED foram transmitidos de maneira incompleta, entre os anos de 2015 e 2017 – justamente o período autuado em razão de ter enfrentado algumas dificuldades no relacionamento com a empresa que prestava serviços contábeis, incluindo a escrituração fiscal. Por esta razão, com a autorização desta secretaria os arquivos foram retificados dentro do prazo estabelecido (21/02/2020), porém não foi mais possível emitir nota fiscal de entrada de que trata o artigo 292, §2º do RICMS/BA.

Na informação fiscal o autuante afirma que a ação fiscal teve como base os lançamentos inseridos na Escrituração Fiscal Digital- EFD, e no presente caso foi identificado que na apuração do ICMS existente na EFD e nas DMAS havia registros de valores a título de “Outros Crédito” sem lançamentos no livro Registro de Entradas de mercadorias passíveis de utilização de crédito conforme art. 309, I “c” do RICMS/12.

Diz que o contribuinte foi intimado por duas vezes a retificar a EFD e até a data da lavratura do Auto de Infração as retificações transmitidas não contemplavam o registro de operações nas quais se pudesse comprovar a existência dos créditos fiscais.

Assim, pelo fato da não apresentação dos documentos fiscais que dariam suporte ao crédito fiscal utilizado entendeu o autuante, de que na verdade se tratavam, aqueles registros, do Crédito Presumido previsto no artigo 270, III, “b” do RICMS/BA, independente do histórico inserido na EDF fazer referência ao artigo 309 do RICMS.

Reconhece que não consta registrado no livro RUDFTO o “Termo de Opção” previsto no § 1º, do artigo 270, entretanto, o autuado não comprovou que os valores registrados na EFD e DMAS, a título de “Outros Créditos” se referem aos créditos fiscais previstos no art. 309, inciso I, alínea “c” do RICMS/12.

Portanto, no presente caso, trata-se de empresa prestadora de serviços de transporte, não optante pelo crédito presumido previsto no referido dispositivo legal, fato inclusive confirmado pelo auditor estranho ao feito responsável pela realização de diligência requerida por este órgão julgador, e sim apurava o imposto com base na sua conta corrente fiscal, isto é, escrituração dos documentos fiscais que indicam os valores dos créditos e dos débitos pertinentes às operações que realiza.

Neste caso, o RICMS/12, prevê, em seu artigo 309, inciso I, alínea “c” o direito da utilização de crédito relativo às aquisições de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que utilizados na prestação de serviços de transporte.

Veja-se o dispositivo regulamentar citado:

Art. 309 Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em

operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

(...)

c) de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte;

Por outro lado, os artigos 290 e 292, do mesmo Regulamento, assim dispõem:

“Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Art. 292. O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterà, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: “ICMS pago por substituição tributária” (Ajuste SINIEF 4/93).

§ 1º Nas saídas, para este Estado, de mercadorias que já tiverem sido objeto de antecipação ou substituição tributária, o documento fiscal poderá conter o destaque do imposto, para aproveitamento como crédito fiscal pelo destinatário, nas hipóteses a seguir indicadas, não podendo o destaque do imposto ter base de cálculo superior à adotada para apuração do tributo efetivamente antecipado, quando conhecida pelo emitente do documento fiscal, ou valor superior ao preço de mercado das mercadorias, quando a base de cálculo do valor antecipado não for por ele conhecida, observada, em qualquer caso, a alíquota aplicável, devendo o remetente estornar o débito correspondente, no final do mês, no item “008 - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS:

(...)

V - combustíveis, lubrificantes e outras mercadorias destinadas a empresas de transporte, para emprego em prestações de serviços tributadas pelo ICMS, observada a ressalva constante no inciso III do caput do art. 270;

§ 2º Não sendo o documento fiscal emitido na forma do § 1º deste artigo poderá o destinatário utilizar o crédito, nas aquisições efetuadas neste Estado, adotando os seguintes procedimentos:

I - emitir nota fiscal para este fim, tendo como natureza da operação “Recuperação de crédito”;

II - indicar ou relacionar na nota fiscal de que cuida o inciso I deste parágrafo o documento ou documentos de aquisição, e calcular sobre o valor total o crédito a ser utilizado, pela alíquota vigente para as operações internas, não podendo o destaque do imposto ter base de cálculo superior ao preço de mercado das mercadorias.”

Assim, efetivamente, nos termos dos artigos 309, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA o autuado adotou a sistemática de recolhimento do ICMS com base no regime normal de apuração, sendo-lhe permitido, portanto, deduzir dos seus débitos mensais, na forma de crédito fiscal, o imposto incidente sobre as suas entradas de combustíveis e lubrificantes, óleos e fluidos.

O fato do autuado não ter emitido nota fiscal na forma do disposto no § 2º do artigo 270 do RICMS/BA, acima transcrito, não autoriza a modificação da forma de apuração do imposto, como procedeu a fiscalização, pois no meu entender, trata-se de descumprimento de obrigação acessória, razão pela qual deveria ter sido somente penalizado com a multa prevista pela legislação.

Assim, por não restar caracterizado que houve, por parte do autuado, utilização de crédito fiscal a maior, conforme consta da autuação, já que a forma de apuração efetuada pela fiscalização não encontra respaldo legal, além de inexistir nos autos provas de que os créditos utilizados pelo autuado seriam ilegítimos, voto pela improcedência do presente Auto de Infração.

Por fim, quanto ao pedido do representante legal da empresa de que cópias das notificações referentes a presente lide sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia, entendo que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281105.0001/20-2**, lavrado contra **GRIFFI TRANSPORTES LTDA.**

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR