

PROCESSO - A. I. N° 207090.0015/12-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - IPC DO NORDESTE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0006-01/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/03/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF N° 0049-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. RETEVE E RECOLHEU A MENOS O IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a autuação, ao comprovar descaber a exigência fiscal atinente à empresa optante pelo Simples Nacional. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração 1 parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Alegação do autuado de que emitira equivocadamente notas fiscais de saídas contendo quantidade em toneladas superior à efetivamente existente, e posteriormente emitiu notas fiscais para correção dos referidos equívocos, acatadas acertadamente pelos autuantes. Reduzido o valor do débito. Infração 2 parcialmente subsistente. 3. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem com segurança o cometimento imputado ao sujeito passivo. Incerteza quanto a ser ou não devido o imposto, haja vista a natureza dos bens e materiais objeto da ação fiscal, e sua possível destinação a uso. Infrações 6 e 7 nulas. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 1ª JJF N° 0006-01/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, lavrado 26/12/2012 para reclamar ICMS no valor histórico de R\$ 280.765,16, mais multa, em decorrência de nove imputações, sendo objeto do recurso as seguintes acusações fiscais:

INFRAÇÃO 1 – 07.14.02- Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 14.023,03, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que:

- a) IE -47.749.414 – inscrita como Normal, sem opção de apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 17%;
- b) IE- 35.727.457 – inscrita como Normal, optante do sistema de apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 5%;
- c) IE-04.574.325 – inscrita como Normal, optante do sistema apuração pela Receita Bruta, portanto sujeita a alíquota de ICMS de 5%;
- d) IE- 54.058.459 – Entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/07 não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Dec. 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%.

INFRAÇÃO 2 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de maio a julho de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.744,30, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 – 01.03.12 - Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 142.906,54, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 7 – 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a março, maio, julho, agosto, outubro e dezembro de 2007, fevereiro, abril, junho, julho, setembro a novembro de 2008, fevereiro, maio a setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 88.615,52, acrescido da multa de 60%;

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia em 08 de fevereiro de 2022 (fls.4020/4070) e decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

O Auto de Infração em exame, versa sobre o cometimento de nove infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo todas objeto de impugnação.

De início, cabe consignar que o pedido de perícia resta indeferido, com fundamento no art. 147, II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, haja vista a desnecessidade de sua realização. As matérias de que cuida o presente Auto de Infração são de pleno conhecimento dos Julgadores, portanto, não sendo caso de participação de perito.

No mérito, relativamente à infração 1, verifico que o impugnante alega que a empresa FIUZA CAR, Inscrição Estadual nº.54.058.459, desde o início da prestação de serviços à IPC, declarou ser Microempresa enquadrada no regime de apuração do Simples Estadual, estando cadastrada no Simples Nacional desde 01/07/2007, data que coincide com o início da contratação, conforme apontam as Notas Fiscais 13, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 28, todas geradas a partir do mês de janeiro até dezembro de 2010, portanto, em conformidade com os artigos 388, 391 e 392 do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, no que tange ao cumprimento das obrigações acessórias.

Sustenta o impugnante, que as provas colacionadas não deixam dúvida de que os autuantes incorreram em equívoco, ao aduzirem que a empresa FIUZA CAR, “entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/2007, não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Dec. 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%”, haja vista que foi justamente o contrário, pois a partir de 01/07/2007 fez a opção por este regime especial, não tendo sido jamais dele excluída. Diz que assim sendo, não há que se falar em retenção e recolhimento a menos do ICMS, pois a regra do artigo 387 do RICMS/BA/97, é totalmente inaplicável.

No tocante a essa alegação defensiva, verifico que a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, ao apreciar esse mesmo argumento defensivo noutro Auto de Infração lavrado contra esse mesmo Contribuinte, excluiu da exigência fiscal os valores atinentes à empresa TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA., nos termos do Acórdão JJF Nº. 0185-05/16, sob o seguinte fundamento:

[...]

Todavia, a exigência fiscal que incidiu sobre as prestações acobertadas pelas notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA. – ME deve ser excluída da autuação. Isto porque, conforme consta nos sistemas informatizados da SEFAZ-BA, extraídos do INC, o referido prestador foi inscrito pela Administração na condição de microempresa optante do Simples Nacional, no período entre 01/07/2007 a 31/12/2015. Frente a essa circunstância o tomador do serviço, ora autuado, não poderia proceder à retenção do imposto na condição de substituto tributário, visto que a empresa transportadora não se encontrava na condição de contribuinte inscrito no regime normal de apuração do imposto. Da mesma forma não pode lhe ser imputado, via Auto de Infração, o descumprimento de obrigação tributária, mesmo tendo o Estado concedido à empresa com o qual firmou contrato de prestação a indevida inscrição no cadastro dos contribuintes optantes do Simples Nacional. Excluo, portanto, da infração 02 todas as cobranças relacionadas com as prestações que foram realizadas pela empresa de TRANSPORTES FIUZA CAR LTDA – ME, no período entre 01/07/2007 a 31/12/2007 [...].

Relevante registrar que o entendimento da 5ª JJF foi ratificado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão CJF Nº. 0032/11/18.

No tocante à alegação defensiva atinente à empresa ATMO TRANSPORTES LTDA, Inscrição Estadual nº. 47.749.414, no sentido de que as notas fiscais de prestação de serviços apresentadas estão escrituradas

corretamente, haja vista que apesar da apuração pelo regime normal, a responsabilidade de retenção e recolhimento do ICMS foi feita com base no que dispõe o art. 380, II do RICMS/97 então vigente, sendo que à época, era perfeitamente cabível ao prestador do serviço **OPTAR PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA**, nos termos do artigo 505-A, inciso V do referido Regulamento.

Destaca que a apuração com base na receita bruta não é uma prerrogativa das empresas optantes pelo Simples Nacional, tanto é assim que o RICMS/BA/97, no seu art. 505-A, V, conferiu tal possibilidade. Assevera que desse modo, as empresas que figuram como substitutas tributárias, como é o seu caso, não têm condição de acompanhar o modo como se faz isto em cada pessoa jurídica que lhe presta serviço.

Sustenta que se tratando de medida regular escriturada corretamente, visto que já foi considerada válida para as empresas não lançadas, a operação de transporte praticada pela **ATMO TRANSPORTES LTDA** está sujeita à retenção do ICMS pela alíquota de 5%, tal qual se fez no caso concreto, não havendo meios aptos a sustentar a cobrança por recolhimento insuficiente.

Diversamente do que ocorreu com a empresa **FIUZA**, a alegação defensiva atinente à empresa **ATMO TRANSPORTES LTDA** não pode prosperar, haja vista que conforme exame da folha 125 dos autos, no campo destacado "Forma de Apuração do imposto", indica que o transportador em tela utilizava o Regime de Apuração de Conta Corrente Fiscal, e não a apuração pela Receita Bruta. A verificação da folha 128 dos autos, revela que a referida empresa transportadora nunca ingressou com processo para obtenção do aduzido regime de tributação, conforme determinam os incisos II e III do art. 505-A do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Observe que os autuantes intimaram a empresa **ATMO TRANSPORTES LTDA.**, a apresentar o seu **RUDFTO**, conforme fls. 129/130 dos autos, cuja cópia foi anexada às fls. 146 a 148, sem que nenhum Termo de Acordo tenha sido encontrado, consoante exige o art. 329, § 4º do RICMS/BA/97.

Do mesmo modo, não há como prosperar a alegação defensiva, no sentido de que não tem condição de acompanhar o modo como cada pessoa jurídica que lhe presta serviço atua, haja vista que assim procedendo, assume para si mesmo os riscos de autuação pela sua omissão.

Nesse sentido, cabe salientar que o art. 142, incisos I e VIII do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº. 6284/97, vigente à época dos fatos, dispunha que constitui obrigação do Contribuinte exigir de outro Contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico, assim como exigir do estabelecimento prestador do serviço os documentos fiscais próprios.

Diante do exposto, a infração 1 é parcialmente procedente com a exclusão dos valores exigidos atinentes à empresa **TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA.**, Inscrição Estadual nº. 54.058.459, constantes do demonstrativo elaborado pelos autuantes, acostados aos autos às fls.109 a 112, passando o Demonstrativo de Débito a ter a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	Valor do ICMS originalmente exigido no AI (R\$)	Valor do ICMS julgado como devido (R\$)
31/01/2010	1.639,76	415,84
28/02/2010	1.139,82	343,72
31/03/2010	1.124,24	411,41
30/04/2010	1.365,32	402,25
31/05/2010	1.042,49	448,93
30/06/2010	1.321,80	411,05
31/07/2010	1.141,17	426,09
31/08/2010	1.274,15	510,51
30/09/2010	514,16	514,16
31/10/2010	1.623,76	498,23
30/11/2010	928,35	460,60
31/12/2010	908,01	498,11
TOTAL	14.023,03	5.340,90

No tocante à infração 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento -, constato que no levantamento fiscal foram arroladas três notas fiscais, no caso as Notas Fiscais nºs. 421, 806 e 356.005.

O impugnante sustenta a improcedência da autuação, alegando que ocorreu erro na emissão das notas fiscais de remessa dos entulhos, no caso Nota Fiscal nº. 25895, que foi emitida com a quantidade errada, ou seja, 19.570 toneladas, em vez de 19 toneladas e fração, representando o valor de R\$ 19.570,00, com destaque do ICMS de R\$ 3.326,90, e Nota Fiscal nº. 25896, emitida com a quantidade errada de 20.020 toneladas, em vez de 20 toneladas e fração, representando o valor de R\$ 20.020,00, com destaque do ICMS de R\$ 3.403,40.

Alega ainda, que para correção dos erros emitiu a Nota Fiscal de entrada nº. 0806, em 30/06/2010, para estorno do débito indevido, e em seguida emitiu a Nota Fiscal nº. 0813, no valor de R\$ 20,02, assim como emitiu a Nota Fiscal de entrada nº. 0421 em 19/05/2010, para estorno do débito indevido, e em seguida emitiu a Nota

Fiscal nº. 0422 no valor de R\$ 19,57.

Verifico que os autuantes, quando da Informação Fiscal, acatarem acertadamente as alegações defensivas, inclusive esclarecendo que elaboraram novo “Levantamento Fiscal – Utilização Indevida de Crédito Fiscal”, com exclusão dos valores exigidos atinentes aos períodos de 31/05/2010 e 30/06/2010, subsistindo a autuação exclusivamente no tocante à Nota Fiscal nº 356.005, de 01/07/2010, no valor de ICMS de R\$ 14,00, que não foi objeto de impugnação.

Diante disso, a infração 2 é parcialmente procedente no valor de ICMS devido de R\$ 14,00, referente ao período de 31/07/2010.

[...]

Quanto às infrações 6 e 7 - examinadas conjuntamente, em face à exigência contida na infração 7 estar diretamente relacionada com a infração 6 -, a meu ver, existe uma impossibilidade de dar prosseguimento à lide, tendo em vista o resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, refletido no Parecer ASTEC Nº.009/2017.

O diligenciador da ASTEC/CONSEF, após um profundo trabalho fiscal, inclusive com visita in loco na empresa, elaborou o referido Parecer ASTEC Nº.009/2017, no qual apresentou as suas conclusões.

Assim, é que no aduzido Parecer o diligenciador teceu considerações que considero relevantes para decisão da lide, razão pela qual, reproduzo abaixo excertos do entendimento que manifestou:

[...]

Nesse sentido, entendeu esse Diligente que, para a realização da tarefa, **torna-se imperativo avaliar, preliminarmente, se os elementos contidos no PAF são suficientes para que possa ser verificado se os bens em análise foram adquiridos para confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se foram adquiridos para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.**

Realizada essa avaliação preliminar:

a) Constatou-se que a planilha contida na peça protocolada em 25/06/2015 pela Autuada, sob o Nº SIPRO 117827/2015-8, acostada ao PAF, às fls. 3722 a 3743 não contempla as informações referentes a todas as notas fiscais contidas nos demonstrativos produzidos pelos Fiscais Autuantes, relativos às infrações nºs. 06 (fls. 234 a 261) e 07 (fls. 269 a 274);

b) Entendeu-se, S.M.J., que os elementos contidos no presente PAF, assim como a descrição da utilização dos bens inserida na peça acima mencionada, não são suficientes para possibilitar concluir se esse ou aquele bem fora empregado, aplicado ou utilizado, na confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se apenas fora adquirido para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Nesse diapasão, diante do entendimento acima exposto, e considerando-se especialmente tratar-se de fatos que ocorreram num passado já distante, pois se referem a créditos gerados por operações que aconteceram desde os idos de 2004, com repercussão em 2007, 2008, 2009 e 2010, para a consecução dessa segunda solicitação, procurou-se reunir outros elementos que pudessem auxiliar na busca da verdade material dos fatos que deram origem ao presente PAF, em especial os projetos que deram suporte à montagem das referidas unidades e aos seus respectivos “up grades” (ampliação, modernização e renovação), assim como os lançamentos contábeis que vinculam a utilização dos produtos objeto das Infrações 06 e 07 do Auto de Infração em tela, aos projetos em comento.

[...]

A descrição da utilização dos bens inserida na peça em comento não é suficiente para indicar se esse ou aquele bem (por exemplo, partes e peças) fora empregado, aplicado ou utilizado, na confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se apenas fora adquirido para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Assim, diante do acima exposto, esse Diligente entende que para cumprimento da segunda solicitação encomendada pela 1ª JF, sobre a qual se dissertará a seguir, mister se faz analisar outros elementos que auxiliem na busca da verdade material dos fatos que deram origem ao presente PAF, em especial os projetos que deram suporte à montagem das referidas unidades e aos seus respectivos “up grades” (ampliação, modernização e renovação), assim como os lançamentos contábeis que vinculem a utilização dos produtos objeto das Infrações 06 e 07 do Auto de Infração em tela, aos projetos em comento.

[...]

Contudo, a depender do momento e do objetivo de sua utilização, e não só das suas características individuais, poderão ser classificados como bens de ativo, com direito a crédito, ou bens de uso/consumo, sem direito a crédito.

Vale dizer então que, na opinião desse Diligente, a classificação do bem como ativo ou uso/consumo, levando-se em consideração apenas as características desse bem, sem considerar o momento e o objetivo da sua utilização, imprime um grau de subjetividade incompatível com a segurança jurídica desejável para o lançamento do crédito tributário.

Destarte, diante das constatações acima elencadas, entende esse Diligente que, a metodologia a ser adotada para a realização da tarefa encomendada pela 1ª JF, com a desejável redução do grau de subjetividade no processo de classificação dos bens como ativo ou uso/consumo, de forma a atribuir-lhe um nível de segurança jurídica compatível com o lançamento decorrente das Infrações 06 e 07, em discussão, passa necessariamente pela combinação das informações relativas às características de cada bem e sua respectiva utilização, com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte, metodologia esta que se torna factível, considerando-se que a Autuada: (i) mantém controles individuais para bens destinados a Investimento (Ativo) e Consumo; (ii) a movimentação desses bens é feita mediante emissão e registro em documentos internos da Empresa; (iii) contabiliza a movimentação desses bens em contas específicas; e (iv) mantém controles relativos aos créditos de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), referentes aos exercícios fiscalizados (2007 a 2010).

Em assim sendo, conclui-se que a realização desta segunda solicitação diligencial requer a aplicação de um roteiro de auditoria compatível com o desenvolvimento da tarefa em si, cuja execução vislumbre a combinação das informações relativas às características e utilização de cada bem com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte, deixando, este Diligente, de desenvolver tal tarefa por entender que a magnitude da solicitação contida no Pedido de Diligência exarado pelo Senhor Conselheiro Relator, às fls. 3690/3692, objeto da presente manifestação, extrapola o escopo de trabalho do Diligente da ASTEC por estar mais próxima de um refazimento da Ação Fiscal e, portanto, fora do âmbito da atividade de diligência determinado no Regimento Interno do CONSEF, na medida em que requer o exame individualizado de cada item objeto da autuação, combinando as informações relativas às suas características e à sua utilização com aquelas contidas na contabilidade da Autuada, cujo total se aproxima da casa dos mil itens distribuídos em mais de quinhentas notas fiscais.

In fine, sugiro aos Doutos Julgadores da 1ª JF que enviem o presente pedido de diligência aos Senhores Auditores Fiscais Autuantes, detentores de todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito fiscal em análise, para desenvolver a diligência no que concerne a esta segunda solicitação, na forma do que estabelece o § 6º do art. 127 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dado extrapolar o escopo de trabalho das atividades desenvolvidas pelos Diligentes da ASTEC.

Conforme se observa da leitura dos trechos do Parecer ASTEC Nº. 009/2017 acima reproduzidos, em síntese, o diligenciador apontou que os elementos contidos no presente PAF, assim como a descrição da utilização dos bens, não são suficientes para possibilitar concluir se determinado bem teve aplicação ou utilização, na confecção, construção ou montagem de algum equipamento, máquina ou outro bem do ativo permanente, ou se apenas fora adquirido para simples reposição ou substituição de partes e peças inutilizadas ou gastas pelo uso.

Por essa razão é que concluiu o diligenciador, que para atendimento da segunda solicitação contida na diligência, há que ser aplicado um roteiro de auditoria compatível com o desenvolvimento da tarefa em si, cuja execução vislumbre a combinação das informações relativas às características e utilização de cada bem com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte.

Esclareceu o diligenciador, que não procedeu a revisão solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal, por entender que extrapola o escopo de trabalho do Diligenciador da ASTEC/CONSEF, estando mais próxima de um refazimento da Ação Fiscal, portanto, fora do âmbito da atividade de diligência determinado no Regimento Interno do CONSEF, na medida em que requer o exame individualizado de cada item objeto da autuação, combinando as informações relativas às suas características e à sua utilização com aquelas contidas na contabilidade do autuado, cujo total se aproxima da casa dos mil itens, distribuídos em mais de quinhentas notas fiscais.

Sugeriu o diligenciador que a JF enviasse o pedido de diligência aos autuantes, por serem detentores de todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito tributário exigido, para desenvolver a diligência no que concerne à segunda solicitação, na forma do que estabelece o § 6º, do art. 127 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Observe que o autuado, ao ser cientificado do Parecer ASTEC Nº. 009/2017, se manifestou afirmando que o posicionamento do diligenciador só corrobora com o argumento de que os autuantes partiram de premissa fática equivocada, haja vista que as Notas Fiscais que deram origem às referidas infrações não se reportam a produto destinado a uso e consumo, mas sim a composição do ativo imobilizado da empresa, e desse modo, efetuaram lançamento genérico e desprovido de fundamento legal.

Alega que os autuantes glosaram os créditos apurados sem respeitar as características e peculiaridade conceitual do ativo permanente da indústria química, presumindo que seriam destinados ao uso e consumo.

Sustenta que dessa forma, há uma flagrante violação ao princípio da legalidade tributária, a qual impõe a observância da estrita previsão da Lei, principalmente no que tange à imputação de obrigações ao contribuinte, portanto, estando viciado o ato de lançar o crédito tributário, não se pode supor pela validade das autuações.

Verifico também que a autuante ao ser cientificada do Parecer ASTEC Nº.009/2017, consignou que reitera todos os termos e valores da 1ª Manifestação Fiscal, quanto às infrações 1 a 5 e 9, mantendo o Auto de Infração em todos os seus termos e valores.

Diz que acata o Parecer ASTEC Nº.009/2017, com algumas ressalvas, acerca do informado para a conclusão sobre as infrações 6 e 7 (fls.3760 e 3752, respectivamente), conforme reproduzido abaixo:

“a) que enviem o presente pedido de diligência aos Senhores Fiscais autuantes, detentores de todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito fiscal sob análise”. Os documentos já acostados ao processo, devem dar por si só, base para a sua sustentação (ou não);

b) pois se referem a créditos gerados por operações que aconteceram nos idos de 2004, com repercussão em 2007, 2008, 2009 e 2010”. Os fatos só se distanciam, pois, é do conhecimento público, o tempo não volta atrás. Em sendo considerados inconclusivos após a análise criteriosa da diligência da ASTEC, não há por que serem reexaminados, pois a tendência seria chegar à mesma conclusão”.

Conforme se observa, a própria Fiscalização, ao se reportar sobre Parecer ASTEC Nº 009/2017 consignou que não há por que se fazer o reexame sugerido pelo diligenciador, atinente às infrações 6 e 7, pois a tendência seria chegar à mesma conclusão.

Certamente que a afirmativa da Fiscalização, permite concluir que assiste razão ao impugnante quando sustenta que, há uma flagrante violação ao princípio da legalidade tributária, a qual impõe a observância da estrita previsão da Lei, principalmente, no que tange a imputação de obrigações ao contribuinte, portanto, estando viciado o ato de lançar o crédito tributário, não se pode supor pela validade das autuações.

Diante do exposto, considero nulas as infrações 6 e 7, por falta de certeza e segurança, e por não conter elementos suficientes para se determinar com precisão as infrações apontadas.

[...]

Diante do exposto, o Auto de Infração é parcialmente procedente, ficando as infrações conforme demonstrativo abaixo:

INF	VLR. LANÇADO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA	RESULTADO
01	14.023,03	5.340,90	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02	6.744,30	14,00	60%	PROCEDENTE EM PARTE
03	9.412,60	9.412,60	60%	PROCEDENTE
04	450,00	450,00	60%	PROCEDENTE
05	263,69	263,69	150%	PROCEDENTE
06	142.906,54	0,00	----	NULA
07	88.615,52,	0,00	----	NULA
08	1.179,84	1.179,84	60%	PROCEDENTE
09	17.169,64	17.169,64	100%	PROCEDENTE
TOTAL	280.765,16	33.830,67	---	

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99.

É o relatório.

VOTO

A decisão da 1ª JJF (Acórdão JJF Nº 0006-01/22-VD) julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado 26/12/2012 com crédito tributário lançado no valor histórico de R\$ 280.765,16, mais multa, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

O auto de infração em tela aponta o cometimento de 09 infrações. No voto da 1ª JJF foi dado procedência parcial ao auto de infração, com o afastamento parcial das infrações 1 e 2, e nulidade das infrações 6 e 7, que serão objeto do presente Recurso de Ofício.

Passo a analisar o julgamento da infração 1, que ora transcrevo:

“(...) infração 1 é parcialmente procedente com a exclusão dos valores exigidos atinentes à empresa TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA., Inscrição Estadual nº. 54.058.459, constantes do demonstrativo

elaborado pelos autuantes, acostados aos autos às fls.109 a 112, passando o Demonstrativo de Débito a ter a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	Valor do ICMS originalmente exigido no AI (R\$)	Valor do ICMS julgado como devido (R\$)
31/01/2010	1.639,76	415,84
28/02/2010	1.139,82	343,72
31/03/2010	1.124,24	411,41
30/04/2010	1.365,32	402,25
31/05/2010	1.042,49	448,93
30/06/2010	1.321,80	411,05
31/07/2010	1.141,17	426,09
31/08/2010	1.274,15	510,51
30/09/2010	514,16	514,16
31/10/2010	1.623,76	498,23
30/11/2010	928,35	460,60
31/12/2010	908,01	498,11
TOTAL	14.023,03	5.340,90

A exclusão, pela 1ª JF, dos valores exigidos referentes a empresa TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA, o que ocasionou a redução do valor cobrado na a infração 1 de R\$ 14.023,03 para R\$ 5.340,90.

A infração 1, trata-se de recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, quanto a sucessivas prestações de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 14.023,03, acrescido da multa de 60%.

O serviço de transporte intermunicipal apontados na referida infração, refere-se serviço de 04 empresas, inscritas no Cadastro Estadual, e quanto ao valor exigido TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA, refere-se a:

“ (...) h) IE 54.058.459 – Entre 01.01.07 e 30.06.07 inscrita como Microempresa. A partir de 01.07.07 não optante do Simples Nacional, **por força do art. 387 do Dec. 6284/97**, sujeitando-se a alíquota ICMS de 17% (veja Legislação do Simples Nacional – IMPEDIMENTOS – folhas 144 e 145 deste processo e dados do Cadastro Estadual nas folhas 138 a 139)”

Compulsando os autos do PAF vejo que à fl. 1664 o autuado, acerca do transportador Inscrição Estadual nº 54.058.459, afirma que de 01.07.2007 a 31.12.2007, informa que a referida empresa prestadora do serviço era optante do Simples Nacional. E ainda na data 01.07.2007, da opção da referida empresa ao Simples Nacional, coincide com o início da sua contratação com empresa autuada, e indicado nas Notas Fiscais nºs 13, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 28, todas geradas a partir do mês de janeiro até dezembro de 2010, portanto, em conformidade com os artigos 388, 391 e 392 do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, no que tange ao cumprimento das obrigações acessórias.

E continua a sua impugnação ao auto e aponta erro da fiscalização ao manter a autuação, ao entender que havia impedimentos elencados à Inscrição ao Simples Nacional, quando afirmam que a empresa FIUZA CAR “entre 01/01/07 e 30/06/07 inscrita como Microempresa. A partir de 01/07/2007, não optante do Simples Nacional, por força do art. 387 do Decreto nº 6284/97, sujeita-se a alíquota de ICMS de 17%”, fato justamente inverso, pois exatamente em 01.01.2007 foi a data da opção ao SIMPLES.

No voto, objeto do presente Recurso de Ofício foi transcrito julgamento da 5ª JF, que apreciou o mesmo argumento defensivo quanto a mesma empresa TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA., nos termos do Acórdão JF Nº 0185-05/16, sob o seguinte fundamento:

[...]

Todavia, a exigência fiscal que incidiu sobre as prestações acobertadas pelas notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA. – ME deve ser excluída da autuação. Isto porque, conforme consta nos sistemas informatizados da SEFAZ-BA, extraídos do INC, o referido prestador foi inscrito pela Administração na condição de microempresa optante do Simples Nacional, no período entre 01/07/2007 a 31/12/2015. Frente a essa circunstância o tomador do serviço, ora autuado, não poderia proceder

à retenção do imposto na condição de substituto tributário, visto que a empresa transportadora não se encontrava na condição de contribuinte inscrito no regime normal de apuração do imposto. Da mesma forma não pode lhe ser imputado, via Auto de Infração, o descumprimento de obrigação tributária, mesmo tendo o Estado concedido à empresa com o qual firmou contrato de prestação a indevida inscrição no cadastro dos contribuintes optantes do Simples Nacional. Excluo, portanto, da infração 02 todas as cobranças relacionadas com as prestações que foram realizadas pela empresa de Transportes Fiuza Car Ltda – ME, no período entre 01/07/2007 a 31/12/2007 [...].

E informado que o entendimento da 5ª JJF foi ratificado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão CJF Nº 0032-11/18.

Por tudo aqui colocado, **não tenho dúvida de que foi correta a exclusão pela 1ª JJF Acórdão de nº 0006-01/22-VD, dos valores da infração 1, no que toca a empresa TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA., Inscrição Estadual nº 54.058.459**, pois 01/07/2007 a 31/12/2007, a referida empresa era optante do Simples Nacional. Fato que desobriga o tomador do serviço (autuado), à retenção do imposto na condição de substituto tributário, considerando que a empresa transportadora não se encontrava na condição de contribuinte inscrito no regime normal de apuração do imposto.

Assim, tenho que procede o afastamento **dos valores da infração 1, no que toca a empresa TRANSPORTADORA FIUZA CAR LTDA., Inscrição Estadual nº 54.058.459**.

Passo a analisar o julgamento da infração 2, que se refere a: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento -, constato que no levantamento fiscal foram arroladas três notas fiscais, no caso as Notas Fiscais nºs 421, 806 e 356.005”*.

De igual forma, **deve ser mantido o julgamento da 1ª JJF, quanto a consideração de parcialidade da referida infração 2**, porque foi fundamentada com base da informação fiscal, que acolheu as alegações defensivas, onde o Fiscal esclarece que elaboraram novo “Levantamento Fiscal – Utilização Indevida de Crédito Fiscal”, com a exclusão dos valores exigidos atinentes aos períodos de 31/05/2010 e 30/06/2010, subsistindo a autuação exclusivamente no tocante à Nota Fiscal nº 356.005, de 01/07/2010, no valor de ICMS de R\$ 14,00, que não foi objeto de impugnação.

Assim, mantenho o julgamento da 1ª JJF, que julgou parcialidade procedente a infração 2, no valor de ICMS devido de R\$ 14,00, referente ao período de 31/07/2010.

Passo para as infrações 6 e 7, que da mesma forma da 1ª JJF serão analisadas em conjunto, haja vista que a cobrança da infração 7 se relaciona diretamente com a infração 6.

Transcrevo as infrações 6 e 7:

6. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 142.906,54, acrescido da multa de 60%;

7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a março, maio, julho, agosto, outubro e dezembro de 2007, fevereiro, abril, junho, julho, setembro a novembro de 2008, fevereiro, maio a setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 88.615,52, acrescido da multa de 60%;

A autuante ao ser cientificada do Parecer ASTEC Nº 009/2017, consignou que reitera todos os termos e valores da 1ª Manifestação Fiscal, quanto às infrações 1 a 5 e 9, mantendo o Auto de Infração em todos os seus termos e valores.

Diz que acata o Parecer ASTEC Nº 009/2017, com algumas ressalvas, acerca do informado para a conclusão sobre as infrações 6 e 7 (fls.3760 e 3752, respectivamente), conforme reproduzido abaixo:

a)”que enviem o presente pedido de diligência aos Senhores Fiscais autuantes, detentores de todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito fiscal sob análise”. Os documentos já acostados ao

processo, devem dar por si só, base para a sua sustentação (ou não);

b) "pois se referem a créditos gerados por operações que aconteceram nos idos de 2004, com repercussão em 2007, 2008, 2009 e 2010". Os fatos só se distanciam, pois, é do conhecimento público, o tempo não volta atrás. Em sendo considerados inconclusivos após a análise criteriosa da diligência da ASTEC, não há por que serem reexaminados, pois a tendência seria chegar à mesma conclusão.

No PAF, que foi originado da autuação fiscal das referidas infrações acima transcritas foi objeto de diligência feita pela ASTEC/CONSEF, a pedido da JJF, que resultou que no Parecer ASTEC N° 009/2017, que em razão da sua relevância, foi reproduzido alguns de seus trechos no Acórdão da 1ª JJF, também já transcrito no relatório do presente julgamento.

Após a diligência, a Fiscalização, ao se reporta sobre Parecer ASTEC N° 009/2017 informou que não seria possível fazer o reexame sugerido pelo diligenciador (Parecer 009/2017 da ASTEC):

"...Vale dizer então que, na opinião desse Diligente, a classificação do bem como ativo ou uso/consumo, levando-se em consideração apenas as características desse bem, sem considerar o momento e o objetivo da sua utilização, imprime um grau de subjetividade incompatível com a segurança jurídica desejável para o lançamento do crédito tributário.

Destarte, diante das constatações acima elencadas, entende esse Diligente que, a metodologia a ser adotada para a realização da tarefa encomendada pela 1ª JJF, com a desejável redução do grau de subjetividade no processo de classificação dos bens como ativo ou uso/consumo, de forma a atribuir-lhe um nível de segurança jurídica compatível com o lançamento decorrente das Infrações 06 e 07, em discussão, passa necessariamente pela combinação das informações relativas às características de cada bem e sua respectiva utilização, com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte, metodologia esta que se torna factível, considerando-se que a Autuada: (i) mantém controles individuais para bens destinados a Investimento (Ativo) e Consumo; (ii) a movimentação desses bens é feita mediante emissão e registro em documentos internos da Empresa; (iii) contabiliza a movimentação desses bens em contas específicas; e (iv) mantém controles relativos aos créditos de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), referentes aos exercícios fiscalizados (2007 a 2010).

Em assim sendo, conclui-se que a realização desta segunda solicitação diligência requer a aplicação de um roteiro de auditoria compatível com o desenvolvimento da tarefa em si, cuja execução vislumbre a combinação das informações relativas às características e utilização de cada bem com aquelas contidas na contabilidade do Contribuinte, deixando, este Diligente, de desenvolver tal tarefa por entender que a magnitude da solicitação contida no Pedido de Diligência exarado pelo Senhor Conselheiro Relator, às fls. 3690/3692, objeto da presente manifestação, extrapola o escopo de trabalho do Diligente da ASTEC por estar mais próxima de um refazimento da Ação Fiscal e, portanto, fora do âmbito da atividade de diligência determinado no Regimento Interno do CONSEF, na medida em que requer o exame individualizado de cada item objeto da autuação, combinando as informações relativas às suas características e à sua utilização com aquelas contidas na contabilidade da Autuada, cujo total se aproxima da casa dos mil itens distribuídos em mais de quinhentas notas fiscais.

In fine, sugiro aos Doutos Julgadores da 1ª JJF que enviem o presente pedido de diligência aos Senhores Auditores Fiscais Autuantes, detentores de todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito fiscal em análise, para desenvolver a diligência no que concerne a esta segunda solicitação, na forma do que estabelece o § 6º do art. 127 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dado extrapolar o escopo de trabalho das atividades desenvolvidas pelos Diligentes da ASTEC."

Após, a leitura do Parecer da ASTEC, em comento, resta claro que a ASTEC informa não ser possível fazer a revisão solicitada na diligência requerida pela JJF, porque a mesma extrapola o escopo do trabalho do Diligenciador da ASTEC/CONSEF, por entender que a mesma se enquadra quase como um refazimento da Ação Fiscal, que fica além da competência da atividade da diligência, prevista no regimento interno da CONSEF.

Por sua vez, o Fiscal ao tomar ciência do Parecer ASTEC N.009/2017, fez algumas ressalvas quanto as informações que haviam sido dadas, relativas as infrações 6 e 7 nas fls. 3760 e 3752, respectivamente, que merece ser transcrita:

"a) que enviem o presente pedido de diligência aos Senhores Fiscais autuantes, detentores de todas as informações que deram origem ao lançamento do crédito fiscal sob análise". Os documentos já acostados ao processo, devem dar por si só, base para a sua sustentação (ou não);

b) pois se referem a créditos gerados por operações que aconteceram nos idos de 2004, com repercussão em 2007, 2008, 2009 e 2010". Os fatos só se distanciam, pois, é do conhecimento público, o tempo não volta atrás. Em sendo considerados inconclusivos após a análise criteriosa da diligência da ASTEC, não há por que serem

reexaminados, pois a tendência seria chegar à mesma conclusão.”

Assim, resta evidente de que faltaram as infrações 6 e 7 a certeza da imputação realizadas pelo Fiscal, que não pode ser por suposição, ante o princípio da legalidade tributária e por consequência tornam nulas as infrações 6 e 7, como também entendeu a 1ª JJF.

Por tudo quanto aqui colocado, resta, mantida a nulidade declarada das infrações 6 e 7.

Desta forma, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207090.0015/12-0** lavrado contra **IPC DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 33.830,67**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$ 16.397,34, 100% sobre R\$ 17.169,64 e 150% sobre R\$ 263,69, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e”, IV, “j” e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS