

PROCESSO	- A. I. N° 207092.0003/22-4
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TAM LINHAS AÉREAS S/A.
RECORRIDOS	- TAM LINHAS AÉREAS S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0200-01/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/04/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0064-12/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. APROPRIAÇÃO DE VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. A apuração do imposto devido foi validamente retificada em razão da não observação de que o autuado já havia realizado estorno de crédito fiscal nos períodos reclamados e em razão da duplicidade de inclusão da nota fiscal n° 27088. Nulidades não acolhidas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício (fl. 75) e Voluntário (fls. 85 a 89) em face da Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, implicando desoneração do Sujeito Passivo no montante de R\$ 1.976.346,39 ao tempo da decisão (fl. 77).

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2022 e notificado ao Sujeito Passivo (Inscrição Estadual n° 054.978.250) em 07/04/2022 (fl. 10), para exigir ICMS no montante histórico total de R\$ 1.147.174,58, agravado por multa de 60% sobre o valor lançado, e acréscimos legais.

Ao Sujeito Passivo foi imputado o cometimento de uma irregularidade nos dias 31/01/2020 e 29/02/2020, enunciada da seguinte maneira:

Infração 01 – 001.002.041: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Utilizou crédito fiscal em percentual superior ao concedido em Termo de Acordo, conforme estabelecido Artigo 268 XVIII e detalhado no relatório ICMS CREDITADO A MAIOR em anexo. [...]. Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96 C/C art. 309, § 7º do RICMS publicado pelo Decreto n° 13.780/2012. Multa aplicada: Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96. Total da Infração: R\$ 1.147.174,56 [mantido: R\$ 22.993,93]

O cerne da lide diz com o montante do crédito fiscal utilizado pelo Sujeito Passivo, transportador aéreo, que faz uso de querosene de aviação como insumo à sua atividade de transporte intermunicipal e interestadual de cargas. O Sujeito Passivo reconheceu “problemas para parametrizar o seu sistema e os das distribuidoras de acordo com os termos do acordo firmado com o Estado da Bahia” nos períodos do exercício de 2020, mas afirmou que “não se credita do ICMS total destacado nas notas fiscais de aquisição de combustíveis”, evidenciando erros de cálculo - o que foi acatado pelo autuante em sede de Informação Fiscal.

Assim, o contraditório desenvolveu-se de modo regular em primeiro grau de julgamento, com Defesa (fls. 14 a 25); Informação Fiscal (fls. 51 a 53-v.), com o parcial acolhimento das razões defensivas; Manifestação (fls. 58 a 59); nova Informação Fiscal (fls. 63 a 68-v.), reiterativa dos trabalhos anteriores, com a juntada de evidências no SPED do Sujeito Passivo, destacando parcial estorno dos créditos fiscais.

A 1ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto n° 7.629/99. Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF. Rejeito o pedido de nulidade requerido pelo autuado em razão da concordância do autuante na retificação dos valores inicialmente exigidos, entendendo que deveria ter sido

lavrado novo auto de infração para a sua exigência. De acordo com o § 1º do art. 18 do RPAF, é admissível as retificações no lançamento tributário decorrentes de eventuais incorreções encontradas, desde que seja possível determinar o montante do débito tributário e desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar. O autuado foi intimado para se manifestar acerca dos novos demonstrativos retificados, sendo-lhe concedido prazo de dez dias, conforme documento à fl. 55.

A exigência fiscal decorre de suposta utilização indevida de crédito fiscal, pois foi apropriado em valor superior ao destacado nos respectivos documentos fiscais. O autuante reconheceu que não considerou no demonstrativo original o estorno efetuado pelo autuado em decorrência de realizar operações tributadas e não tributadas e que lançou em duplidade a nota fiscal nº 27088. Refez o demonstrativo de débito e concluiu que a exigência fiscal deveria ser reduzida para R\$ 22.993,92, em concordância com planilha produzida pelo autuado por ocasião da apresentação de sua defesa. Porém, existiu um erro na soma tanto na planilha do autuado como do autuante, pois o valor total foi de R\$ 22.993,93.

Nos novos demonstrativos apresentados pelo autuante, foi retificada a informação da coluna “valor creditado”, referente ao valor efetivamente creditado pelo autuado, pois o autuado havia realizado estornos nos valores do ICMS destacado nos documentos fiscais, acabando por repercutir diretamente na apuração do crédito fiscal apropriado indevidamente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$ 22.993,93, conforme a seguir:

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/01/2020	13.168,47
29/02/2020	9.825,46
TOTAL	22.993,93

Foi interposto recurso de ofício.

Regularmente intimado, o Autuado, ora Recorrente, aduziu razões recursais parcialmente reiterativas da Defesa, a seguir delineadas:

- A) Que o Auto de Infração é nulo, por violação do art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF, pois o “valor ínfimo mantido frente ao valor autuado” evidencia não ter sido cumprido o requisito da segurança na infração, entendendo que “a retificação só poderia ser feita via lavratura de um novo auto de infração, de modo a oportunizar a defesa prévia, e não no curso do processo administrativo”.
- B) Que o valor do débito faz diferença na decisão pelo pagamento ou não do crédito lançado, tendo em conta os descontos a que poderia usufruir à luz do art. 45 da Lei nº 7.014/96.
- C) Que, subsidiariamente, postula que lhe seja devolvido o direito de recolher o valor mantido com os mesmos descontos de multa válidos para o crédito pago até o termo prazo para apresentação de Defesa (70%).

Conclui postulando o cancelamento integral do Auto de Infração, ou, subsidiariamente, que “seja reconhecido o seu direito ao aproveitamento dos descontos pelo pagamento espontâneo”, e que as intimações sejam enviadas ao endereço da empresa, sob pena de nulidade, bem como ao seu procurador no endereço que informou, e aos cuidados de Simone Franco Di Cicero.

Recebidos os autos, estes foram a mim endereçados. Considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 06/03/2022, para julgamento, oportunidade em que se fez presente o representante da Recorrente, o Dr. Lucas Pereira de Almeida, OAB/RJ nº 241.733, que fez uso regimental da palavra.

É o relatório.

VOTO

Conheço de ambos os recursos, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade, cabimento e alcada (arts. 169 e 171 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999 - o “RPAF/99”).

RECURSO DE OFÍCIO

Cabe a esta Câmara avaliar se agiu com acerto o órgão julgador de primeiro grau, ao reduzir o

montante do lançamento (decorrente da acusação de uso indevido de crédito fiscal de ICMS, apurado a partir do montante de crédito fiscal com a aquisição de querosene de aviação pelo transportador aéreo), ao reconhecer que o lançamento originário deixou de observar o montante dos estornos de crédito fiscal apontados pelo Sujeito Passivo em sua escrita fiscal.

Ou seja, a partir da constatação de que o Sujeito Passivo não teria procedido à redução do valor apropriável a título de crédito fiscal (por força de Termo de Acordo firmado entre o Sujeito Passivo e o Estado da Bahia), o lançamento foi elaborado como se todo o valor creditado pelo Sujeito Passivo fosse o valor do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição dos produtos. É o que se vê na planilha de fls. 04 e 05, que ainda contém ao pé da página a seguinte observação:

O Contribuinte possuía Termo de Acordo que permitia a redução da base de cálculo do ICMS de forma que a carga tributária efetiva resultasse em 8% nas aquisições de Querosene de Aviação durante o exercício de 2020, conforme Artigo 268 XVIII. Ocorre que diversas notas foram emitidas antes da publicação do Termo que ocorreu em meados de fevereiro de 2020 retroagindo a janeiro de 2020, sendo assim, não foi considerada a redução da carga tributária a que o contribuinte fazia jus. O contribuinte creditou-se de valores superiores ao definido no termo de acordo, conforme coluna “Alíquota Aplicada” e posteriormente entrou (maio de 2020) com Pedido de Restituição dos valores pagos a maior. Na coluna VALOR DOC CORRIGIDO PARA ICMS A 8% a base de cálculo foi refeita, considerando que o valor base de cálculo das notas continham o ICMS a 18%, retirando-se o custo do ICMS de 18% e refazendo a base de cálculo para o ICMS A 8%.

Após a Defesa, o Autuante reconheceu expressamente (fl. 51-v) que não considerou, ao lavrar o Auto de Infração, os estornos de crédito fiscal apontados pela então Defendente:

As argumentações da autuada procede, de fato este autuante deixou de considerar o estorno efetuado pela impugnante quando da apuração do ICMS devido, como também lançou em duplicitade a nota fiscal 27088 no demonstrativo anexado ao Auto de Infração na folha 04.

Deste modo efetuamos as correções, conforme planilha anexada a esta Informação Fiscal, folha 52, o valor reclamado passa de R\$ 1.147.174,56 [...] para R\$ 22.993,92 [...]

Insta observar que o valor é exatamente o mesmo apontado pela Defendente, portanto reconhecido, em sede de Defesa (fl. 23).

Constatou que a retificação ocorreu de modo consistente com as declarações do Sujeito Passivo, especialmente os Registros de Apuração do SPED anexados às fls. 64 a 69, que indicam estornos de crédito justamente relacionados a “*operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada - imprevisível na entrada - art. 312, I, II do RICMS [...]*”.

Nada vejo a desmerecer os ajustes, por isso tenho como desprovido o Recurso de Ofício.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Constatou que o requerimento de intimações no endereço do Interessado (o Sujeito Passivo) foi, como costuma ser, regularmente atendido, em conformidade com o disposto nos arts. 108 e 109 do RPAF/99.

Ademais, constatou que a intimação da pauta indicou, como costume neste CONSEF, o nome do subscritor do Recurso de Ofício, Dr. João Paulo Brito Maia, não havendo previsão regulamentar neste caso para intimações pela via postal.

De resto, constatou que o Sujeito Passivo fez contato tempestivo com a Secretaria, por meio de um de seus procuradores, de modo a se ter habilitado para participar da sessão virtual.

Ou seja, toda a oportunidade de participação contraditória desenvolveu-se satisfatoriamente, e de modo regular.

Portanto, não há nulidades a acolher sobre esse tema.

Em relação à suposta nulidade por conta da expressão da redução do lançamento, com a devida licença, não vejo fundamento para tanto.

Considerando que os ajustes se deram dentro dos lindes da acusação fiscal, considerando que a revisão decorreu de mero ajuste do lançamento, a partir da linguagem das provas e do contraditório (muito bem exercido, diga-se de passagem), apontando-se fato modificativo da pretensão estatal (o apontamento de estornos de crédito fiscal no SPED, por parte do Sujeito Passivo, e por equívoco não considerado pela Fiscalização), não me parece - a despeito da expressiva redução - que aqui se haja extrapolado o caráter sanatório que o processo

administrativo fiscal é apto a empreender - e até mesmo justifica em parte a sua existência.

Ante o exposto, considero que houve satisfatória segurança em relação ao infrator e à infração (a despeito da elevada redução de sua expressão econômica). Rejeito a arguição de nulidade por entender atendidos os requisitos do art. 18 do RPAF/99 por parte da Fiscalização, ao lavrar o Auto de Infração.

Enfim, a questão que mais nos provoca a refletir: ora, se houve expressiva redução do montante lançado, e considerando que o montante do lançamento é aspecto relevante para a decisão de oferecer ou não impugnação ao Auto de Infração, caberia devolver ao Sujeito Passivo o direito a promover a extinção do crédito tributário, via pagamento, com a redução (de multa) que a lei prevê para a fase de Defesa?

Sou contrário à tese do Sujeito Passivo, por duas razões.

Em primeiro lugar, a legislação processual tributária não prevê tal reprimir a redução. E não a prevê, como muito bem destacou o Sujeito Passivo ao transcrever o art. 45 da Lei nº 7.014/96, porque há outros marcos para o pagamento do crédito tributário que acarretam redução da multa. Logo, a escolha por impugnar, ou não, o crédito tributário, que é com efeito um direito subjetivo do contribuinte, deve levar em consideração (e certamente o leva) a eventual redução para o pagamento, por exemplo, antes da inscrição em dívida ativa.

Em segundo lugar, e este me parece o argumento mais eloquente, percebe-se que o valor mantido no lançamento é rigorosamente o mesmo que o Sujeito Passivo apontou em sua Defesa. Ora, esse valor foi **reconhecido**, e o Defendente poderia tranquilamente ter procedido ao recolhimento do valor reconhecido, fazendo jus à proporcional redução da penalidade.

Não consta dos autos, tampouco dos Sistemas da SEFAZ consultados por ocasião do julgamento, qualquer pagamento relativo ao crédito tributário em discussão.

Portanto, a decisão por recolher, ou não, o que reconheceu (e obter, assim, o abatimento da penalidade) esteve à disposição do Sujeito Passivo, que optou por apresentar a Defesa e obter a suspensão da exigibilidade de todo o crédito tributário lançado. Reprimir a redução integral do crédito, nessas circunstâncias, além de não encontrar eco na legislação tributária à qual este Conselho é servil, seria atentatório ao princípio da isonomia tributária.

Em conclusão, sou pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207092.0003/22-4, lavrado contra **TAM LINHAS AÉREAS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.993,93**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS