

PROCESSO	- A. I. N° 281105.0001/20-2
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- GRIFFI TRANSPORTES LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0275-04/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ ATACADO

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0072-11/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O lançamento não trata de crédito fiscal sem lastro probatório, mas em decorrência do contribuinte ter optado pela utilização de crédito presumido, que até o autuante diz que de fato não existe. No entanto, discordo pela decisão por improcedência, já que não se comprovou se há imposto devido ou não, pois o que se constatou mesmo foi uma nulidade, visto o autuante mudar o fulcro da autuação, não sendo possível afirmar que os créditos ali lançados tenham ou não credibilidade de forma a atestar que os recolhimentos efetuados estavam corretos. A improcedência ocorreria se o contribuinte fosse mesmo optante do crédito presumido e provasse que sua escrituração estaria correta, não havendo diferença de imposto a pagar. Como houve erro material flagrante, não é mais possível renovar o procedimento pelo fato dos exercícios fiscalizados neste procedimento já se encontrarem sob efeito total da decadência e não mais parcial, como proferido no voto recorrido, dado o tempo recorrido desde o julgamento recorrido até esta data. Face o exposto, VOTO PELO NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, porém modificando a decisão de auto Improcedente, para Auto de Infração NULO. Recurso NÃO PROVIDO. Auto de Infração *Nulo*. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Recurso de Ofício aqui apreciado, é decorrente de Auto de Infração julgado Improcedente em Primeira Instância, lavrado em 31/03/2020, com lançamento de 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.*

Após a defesa inicial, e a informação fiscal, a Junta julgou o processo conforme voto abaixo transscrito:

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:

1 - 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 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, 9º 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. I, 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, ALINHA 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 EFD 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 conterá, 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 transscrito, 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.

A JJF recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por lançamento julgado improcedente em primeira instância, com base em dois fundamentos, a seguir resumidos - primeiro reconheceu a decadência parcial depois a improcedência total em razões de mérito.

Devo observar que na resolução do voto recorrido embora conste DECISÃO NÃO UNÂMIME, a decisão foi de fato unânime e consta na ementa DECISÃO UNÂMIME, não havendo voto divergente.

Vejamos a decisão em resumo:

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.

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

Observando os demonstrativos de fls. 14/17, observo que há uma demonstração da apuração normal feito pelo contribuinte, com lançamentos de débito e crédito e o respectivo imposto apurado, e a seguir a aplicação do crédito presumido de 20% sobre o valor do débito lançado com o encontro de novo valor a recolher após abatimento do valor recolhido efetivamente, sendo lançado então a diferença do imposto devido em cada mês.

Observando a impugnação, vejo que o contribuinte cita o exemplo do mês de julho de 2015, onde o lançamento pelos ajustes de crédito presumido de 20% leva a uma diferença de R\$35.183,74, e o valor do crédito aplicado pelo autuante (R\$34.842,77) é aproximadamente metade dos créditos que foram utilizados na sua apuração normal (R\$70.026,51).

Que exatamente por esta razão, nunca aderiu ao crédito presumido do transportador, tendo, em vista sua flagrante desvantagem, e traz o texto do art. 270, III do RICMS, que diz que o contribuinte lavrará termo de opção pelo crédito presumido. Que possivelmente o autuante errou por ter se confundido com o modo de escrituração dos créditos utilizados pelo contribuinte. Que de fato, a legislação determina que os créditos de combustíveis sejam lançados por nota fiscal de entrada e isto não foi feito.

Que realmente não foi adotado conforme dita a legislação já que lançou os créditos no campo de OUTROS CRÉDITOS como ajuste ao livro de apuração, devido ao fato de que os arquivos SPED foram enviados extemporaneamente, pois no período autuado estava tendo dificuldades de relacionamento com os serviços contábeis e os arquivos foram enviados incompletos.

Que embora tenha feito a retificação posteriormente, não tinha mais como emitir a nota fiscal de entrada nos termos do art. 292, parágrafo 2º do RICMS (notas fiscais de combustíveis sem destaque do imposto quando o próprio adquirente pode emitir nota de entrada com natureza de “recuperação de crédito” jogando os valores em OUTROS CRÉDITOS do livro de apuração, reconhecendo que houve o descumprimento de obrigação acessória, mas que seu crédito não pode ser negado).

Na informação fiscal, o autuante reconhece que não consta no RUDFTO o termo de opção pelo crédito presumido, mas mantém o lançamento pelo fato do contribuinte não ter provado os valores registrados na EFD em OUTROS CRÉDITOS.

Neste caso, entendo que o autuante mudou o fulcro da infração - de crédito indevido em decorrência de opção pela utilização do crédito presumido para utilização de crédito fiscal sem lastro probatório, que deveria ter sido a acusação inicial, de forma a obrigar ao contribuinte apresentar tais provas, já que não emitiu as notas fiscais de recuperação de crédito.

A Junta à fl. 157, envio o processo em diligência e solicita que o autuado fosse intimado a apresentar os documentos fiscais de aquisição que deram respaldo ao lançamento de créditos inseridos no livro de apuração, a título de “outros créditos”.

O autuado respondeu à fl. 166 que a intimação extrapola os limites dos deveres atribuídos aos contribuintes porque lhe imputa a tarefa que deveria ter sido realizada pelo auditor fiscal competente quando do período fiscalizatório, tendo em seguida, o fiscal responsável pela diligência, declarado que não foi possível concluir a solicitação feita, em virtude da negativa do contribuinte em atender sua intimação.

Apesar da negativa do autuado em atender o pedido de diligência, mesmo assim, o voto fundamentou a improcedência no seguinte argumento:

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.

Imaginemos que o recorrente tivesse até apresentado parte dos documentos, mas que faltasse comprovação de parte dos créditos. Seria possível manter a procedência parcial? Entendo que não. Isto porque o lançamento desta lide não trata de crédito fiscal sem lastro probatório, mas em decorrência de suposta opção pela utilização de crédito presumido, e até o autuante diz na informação fiscal que de fato não existe.

Assim, se fosse acolhido o valor parcial (se os documentos não elidissem inteiramente o valor lançado) ou mesmo total pelo fato do contribuinte não apresentar nenhuma prova, como foi o caso concreto, o processo estaria contaminado por nulidade por mudar o fulcro da autuação – de

crédito indevido por ser optante do crédito presumido para crédito fiscal sem lastro probatório. O contribuinte teve razão em não atender ao pedido de diligência, pois a infração de que foi acusado difere totalmente do objetivo da diligência, já que a comprovação dos créditos deveria ser objeto de nova fiscalização e com lavratura de novo auto com nova infração. A Junta acabou por reconhecer o pedido de diligência como impertinente, ao julgar o Auto de Infração improcedente, mesmo com a recusa do contribuinte em apresentar os documentos.

No entanto, discordo pela decisão por IMPROCEDÊNCIA, já que não se comprovou se há imposto devido ou não, pois o que se constatou mesmo foi uma nulidade, visto o autuante mudar o fulcro da autuação, não sendo possível afirmar que os créditos ali lançados tenham ou não credibilidade de forma a atestar que os recolhimentos efetuados estavam corretos. A improcedência ocorreria se o contribuinte fosse mesmo optante do crédito presumido e provasse que sua escrituração estaria correta, não havendo diferença de imposto a pagar.

Outra razão pela nulidade, e não improcedência, é que caberia a renovação da ação fiscal para se averiguar os créditos lançados e não comprovados mediante documentos fiscais que seriam a fonte da emissão de notas fiscais de recuperação de crédito. Quando se declara improcedência, entende-se que não há sequer necessidade de nova fiscalização, o que não é o caso.

Como houve erro material flagrante, não é mais possível renovar o procedimento pelo fato dos exercícios fiscalizados neste procedimento já se encontrarem sob efeito total da decadência e não mais parcial, como proferido no voto recorrido, dado o tempo recorrido desde o julgamento recorrido até esta data.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, porém modificando a decisão de auto Improcedente, para Auto de Infração NULO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado, porém modificando a Decisão recorrida de IMPROCEDENTE, para julgar NULO o Auto de Infração nº 281105.0001/20-2, lavrado contra GRIFFI TRANSPORTES LTDA. Recomenda-se a renovação da ação fiscal para se averiguar os créditos lançados e não comprovados mediante documentos fiscais que seriam a fonte da emissão de notas fiscais de recuperação de crédito.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS