

A. I. Nº - 279757.0009/22-5
AUTUADA - TRANSPORTADORA JOLIVAN LTDA.
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - DAT NORTE/INFAZ RECÔNCAVO

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0066-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS. SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS. A acusação de falta de estorno de crédito fiscal, não é a apropriada para a situação em comento, uma vez que na realidade trata-se de utilização indevida de crédito fiscal. O procedimento, dessa forma, foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa, restando configurado, com base no artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF/99, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração. Recomendação da renovação do procedimento fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 30/03/2022, cuida de exigência de imposto no valor histórico de R\$ 319.467,30, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 001.005.023: *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, por empresa prestadora de serviço de transporte, relativo às prestações não tributadas.*

“Referente às aquisições de combustíveis — óleo diesel e arla 32 — e lubrificantes — óleo lubrificante e graxas, apurado conforme Notas Fiscais de aquisição e percentuais declarados pelo contribuinte na EFD (SPED), sendo considerada na aquisição interna a carga tributária aplicada à mercadoria (óleo diesel, art. 267, inciso XXIII do Decreto nº 13.780/12) e a alíquota interestadual, de acordo com o Estado de origem, nas aquisições interestaduais, obedecidas as instruções do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.1947 10-0, conforme demonstrativo Jolivan_Recôncavo_2017_SM_Credito_Diesel, parte integrante do Auto de Infração cópia entregue ao contribuinte”

Enquadramento legal: art. 30, I da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 312, I, do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei retro mencionada.

Abrange os fatos geradores que vão de janeiro a novembro de 2017.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 05/04/22 (DTE à fl. 43), e ingressou com defesa administrativa às fls. 45 a 65. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos Autos às fls. 88/91.

O Impugnante inicia sua peça fazendo um resumo dos fatos, transcreve a infração e os dispositivos legais que lhe foram imputados, além de tecer comentários sobre a tempestividade da peça defensiva.

Em seguida suscita a extinção parcial do crédito tributário exigido, alegando decadência do direito de lançar, conforme art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Faz longa exposição sobre o tema, trazendo a colação artigos da Constituição Federal, outros dispositivos do CTN, ensinamentos do doutrinador Paulo de Barros Carvalho, além de decisões de outros Tribunais, com o fito de demonstrar que quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, deve ser aplicada a regra decadencial do art. 150, § 4º, do CTN, e em virtude também do ICMS tratar-se de um imposto sujeito ao lançamento por homologação.

Neste diapasão, considera que deve ser declarado inexigível a exação incidente sobre os fatos geradores apurados nos períodos de 01/2017, 02/2017 e 03/2017, em razão da decadência com a consequente anulação parcial do Auto de Infração lavrado.

Em seguida passa a abordar o princípio da não-cumulatividade, também fazendo breve exposição sobre o tema, citando artigos da Carta Magna, ensinamentos de Roque Antonio Carrazza, além de decisões de outros Tribunais, com o objetivo de amparar seu entendimento de que, excetuados os casos em que as operações são isentas ou não incide a norma tributária sobre elas, que se traduzem em exceções veiculadas pela própria Constituição, não há limitação constitucional ao creditamento do imposto cobrado na entrada de mercadorias.

Conclui que se o ICMS foi carreado aos cofres públicos em obediência às normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio, não há como se entender pela vedação ao respectivo crédito, sob pena de violação ao princípio da não-cumulatividade.

Por outro lado, diz que a despeito de a impugnante haver promovido o estorno parcial dos créditos acumulados, a autoridade fiscalizadora discordou dos critérios por ela utilizados.

Pontua que a análise fazendária considerou apenas o montante consignado como "base de cálculo", no campo "Operações Com Débito do Imposto", no livro de apuração do ICMS da peticionária para alcançar a proporção do crédito a ser mantido, ignorando o valor escriturado alusivo às operações sem débito do imposto, dentro do qual se inserem as quantias alusivas à substituição tributária (CFOP's 6.352 e 6.353) e as tributadas por outro estado da federação (CFOP 6.932), todas elas operações/prestações de serviço de transporte tributadas.

Aduz que o problema de tomar como elemento isolado a base de cálculo registrada no livro de registro de apuração de ICMS da peticionária é que se trata apenas de valor que gera débito direto do tributo para sociedade empresária junto ao estado da Bahia.

Entende que não há, na metodologia adotada pela fazenda estadual, consideração a respeito das prestações pautadas pela substituição tributária nas quais outras empresas figuravam como substitutas, e prestações tributadas sem recolhimento para o estado da Bahia, e que assim fazendo o Fisco baiano acaba por desvirtuar não apenas o resultado do cálculo do quantum do crédito a ser estornado, mas a própria sistemática constitucional do débito e crédito.

Em outras palavras, assevera que o fisco estadual baseou-se apenas nos dados contidos no tópico das operações com débito de ICMS a favor da Bahia quando, na verdade, haveria de ter em conta os valores das operações tributadas, independentemente da existência de débito do imposto em prol da Bahia

Afirma que a regra constitucional do artigo 155, inciso II, "a", da Constituição bem como a regra do artigo 100, inciso I, do RICMS/BA são claras ao estabelecer que o estorno do crédito se fará quando as prestações em questão foram isentas ou não tributadas. Acrescenta que as prestações de serviço tributadas por substituição tributária (CFOP's 6.352 e 6.353) e as iniciadas em outra unidade da federação (CFOP 6.932) são prestações de serviço tributadas, não sendo isentas ou não tributadas

Enfatiza que o autuante está equivocado ao entender que apenas as prestações de serviços que geram débito do imposto em benefício do estado da Bahia permitem a manutenção do crédito.

Afirma que diferentemente do que aduzido na autuação, a peticionária procedeu ao devido

estorno proporcional tendo em conta as prestações isentas e não tributadas pelo ICMS, tudo nos estritos termos constitucionais e legais antes apontados, ocorrendo, inclusive, o estorno de quantia em montante superior ao efetivamente exigido pelo Fisco.

Menciona que na hipótese de serem superados os argumentos até aqui expostos, requer a compensação do débito exigido com o crédito remanescente de que dispõe.

Salienta que, ainda que se promova o estorno dos créditos indicados pela fiscalização sobra saldo para a compensação, e nesses termos requer o abatimento do aludido saldo credor com a quantia exigida no ato administrativo que se contesta.

Em seguida argui a ilegalidade da multa aplicada, ressaltando que nos termos do art. 42, inciso VII, alínea "b", da Lei nº 7.014/96, a multa aplicada deve perfazer o montante de 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, na falta de estorno do referido crédito.

Reclama que o Fisco, além de exigir o valor integral do crédito fiscal, exige o percentual de 60% (sessenta por cento) do crédito não estornado, somado aos acréscimos moratórios.

Pontua que o dispositivo legal, acima citado, prescreve, de forma cristalina que na falta de estorno do crédito fiscal será aplicada a multa de 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, i., 60% (sessenta por cento) do crédito não estornado.

Entende, então, que a multa aplicada é ilegal, haja vista que o montante exigido vai de encontro ao dispositivo supramencionado.

Ao final requer:

- a) *seja julgada procedente a presente defesa, de modo a considerar insubsistente o Auto de Infração nº 279757 0009/22-5, desconstituindo-o na forma da lei;*
- b) *na hipótese de superação do pedido acima, requer o reconhecimento da homologação parcial expressa, para fins de permanência da exigência apenas quanto às competências de janeiro a março de 2017;*
- c) *se ultrapassado o pedido anterior, requer a redução do valor exigido, de modo a contemplar à aplicação do percentual de 60% (sessenta por cento) sobre o crédito não estornado, nos termos do art. 42, inciso VII, alínea "b" da Lei nº 7.014/96;*
- d) *requer, ainda, seja promovido, pela Fazenda Pública Estadual o abatimento dos débitos consignados no Auto de Infração com os créditos acumulados de ICMS*

Requer, por fim, seja concedido prazo para juntada das vias originais dos documentos apresentados, caso entenda esse órgão fazendário pela sua necessidade.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 158/162, inicialmente contestando a preliminar de decadência suscitada, dizendo que o lançamento do Crédito Tributário obedeceu, rigorosamente, as orientações do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Afirma que não ocorreu nenhum recolhimento por parte da Autuada passível de homologação pelo Fisco, na forma prevista no Artigo 150, da Lei nº 5.172/66.

Aduz que somente a título de esclarecimento adicional, o Parcelamento iniciado em 01/11, refere-se ao Auto de Infração nº 281077.0002/11-0, cujos fatos geradores são dos períodos de 31/01/2017 a 31/12/2018.

No mérito, assevera que a apuração do Crédito Tributário lançado observou, expressamente, o disposto na Lei 7.014/96, e traz a colação os seus artigos 28 e 29, § 2º.

Explica que a ação fiscal limitou-se a conferir o montante do Crédito Fiscal de ICMS registrado na EFD-Escrivatura Fiscal Digital, demonstrado analiticamente, Nota Fiscal por Nota Fiscal, às fls. 11 a 26.

Pontua que após isso, foi confrontado com o percentual de estorno calculado e declarado pela Autuada na Apuração do ICMS, na sua EFD-Escrivatura Fiscal Digital, conforme documento à fl. 09.

Esclarece que não recalcoulou o percentual apurado e declarado pela Autuada, conforme a mesma reclama.

Aduz que isto não se confirma, que a ação fiscal em absolutamente nada interveio no percentual apurado pela Autuada, e que, ao contrário, utilizou os mesmos percentuais por ela apurados.

Assinala que a ação fiscal se resumiu tão somente aos valores dos Créditos Fiscais registrados na EFD-Escruturação Fiscal Digital, e que o demonstrativo à fl. 06 ilustra o resultado da ação fiscal.

Frisa que *a diferença apurada no Auto de Infração decorre, exclusivamente, da base de cálculo, sim, mas do Crédito Fiscal a ser estornado. Que é Crédito Fiscal registrado na EFD-Escruturação Fiscal Digital, cujas Notas Fiscais estão relacionadas das fls. 11 a 26.*

Menciona que o quadro resumo abaixo ilustra bem a situação, constando no título “ENTRADAS”, o valor apurado pelo Autuante (Créditos Fiscais decorrentes das entradas de combustíveis e lubrificantes x percentual das saídas tributadas declarado pela Autuada); e no título “EFD – CRÉDITO FISCAL CALCULADO PELO CONTRIBUINTE”.

ENTRADAS													
1653	128.659,29	156.710,08	156.564,96	168.933,36	213.685,78	148.257,87	138.264,92	167.189,20	157.019,45	183.599,42	150.375,51	182.193,66	
2653	7.134,55	5.272,87	11.771,83	4.346,24	12.487,86	8.404,28	7.009,26	9.892,93	3.815,50	8.786,37	8.114,09	8.821,19	
Total do Crédito ICMS pelas Entradas	135.793,84	161.982,95	168.336,80	173.279,60	226.173,63	156.662,14	145.274,18	177.082,13	160.834,96	192.385,79	158.489,60	191.014,85	
(-) Estorno de Crédito Art. 312, I, Dec. 13.78	21.998,60	19.259,77	16.008,83	20.343,02	27.367,01	13.958,60	19.437,69	19.425,91	16.035,25	61.082,49	33.298,67	28.919,65	
* Percentual declarado pelo contribuinte na EFD	16,20%	11,89%	9,51%	11,74%	12,10%	8,91%	13,38%	10,97%	9,97%	31,75%	21,01%	15,14%	
Crédito Fiscal de Combustíveis e lubrificantes	113.795,24	142.723,18	152.327,97	152.936,57	198.806,62	142.703,55	125.836,50	157.656,22	144.799,71	131.303,30	125.190,94	162.095,20	
EFD - CRÉDITO FISCAL CALCULADO PELO CONTRIBUINTE													
RAICMS-“Crédito relativo Substituição Tributária”	163.754,53	200.770,66	201.831,57	206.742,97	300.424,26	212.234,64	187.213,69	205.525,68	182.725,89	200.738,48	159.119,26	175.991,51	
(-) Estorno de Crédito Art. 312, I, Dec. 13.78	26.528,23	23.950,28	19.301,36	24.446,70	36.466,57	19.023,62	25.203,26	22.672,17	18.330,13	63.962,87	33.649,34	26.939,19	
RAICMS-Crédito S. Tributária (combustíveis)	137.226,30	176.820,38	182.530,21	182.296,27	263.957,69	193.211,02	162.010,43	182.853,51	164.395,76	136.775,61	125.469,92	149.052,32	
CRÉDITO FISCAL INDEVIDO APURADO													
Crédito Fiscal de Combustíveis e lubrificantes	113.795,24	142.723,18	152.327,97	152.936,57	198.806,62	142.703,55	125.836,50	157.656,22	144.799,71	131.303,30	125.190,94	162.095,20	
RAICMS-Crédito S. Tributária (combustíveis)	137.226,30	176.820,38	182.530,21	182.296,27	263.957,69	193.211,02	162.010,43	182.853,51	164.395,76	136.775,61	125.469,92	149.052,32	
Crédito Fiscal utilizado a maior	23.431,06	34.097,20	30.202,24	29.359,70	65.151,07	50.507,47	36.173,93	25.197,29	19.596,05	5.472,31	278,98	-	

Enfatiza que a Autuada não comprovou o motivo de ter utilizado como base de cálculo (valores do Crédito Fiscal do ICMS) em valores superiores aos registrados na sua escrita fiscal, conforme diz fazer prova o demonstrativo à fl. 06 (recorte acima).

Considera os argumentos trazidos aos autos incapazes de elidir a acusação, não apresentando valores, comprovados através de Notas Fiscais, do Crédito Fiscal que utilizou como base de cálculo para aplicação do percentual de estorno previsto na Legislação Tributária.

Por fim, requer a procedência da ação fiscal.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Paulo Romulo Maciel de Souza Junior, OAB/ES N° 21.017.

VOTO

O presente processo acusa a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, por empresa prestadora de serviço de transporte, relativo às prestações não tributadas.

O autuante descreve ainda a infração como sendo referente às aquisições de combustíveis (óleo diesel e arla 32) e lubrificantes (óleo lubrificante e graxas), apurado conforme Notas Fiscais de aquisição e percentuais declarados pelo contribuinte na EFD.

De acordo como o próprio autuante declarou na sua informação fiscal, a diferença apurada no Auto de Infração decorreu, exclusivamente, da base de cálculo utilizada pelo autuado para apurar o valor do crédito fiscal estornado. Ou seja, o autuante apurou que a base de cálculo utilizada pelo autuado (montante do crédito fiscal relativo as operações de entrada com saídas subsequentes não tributadas) foi superior ao levantamento fiscal realizado com base nas Notas Fiscais de Entrada do período (fls. 11 a 26).

Portanto, considero que a acusação de falta de estorno de crédito fiscal, não é a apropriada para a

situação em comento, uma vez que o autuado, ao não apresentar as Notas Fiscais de Entrada que deram origem a diferença de crédito demonstrada na planilha à fl. 06, na realidade comete a infração que deve se tipificada como “utilização indevida de crédito fiscal”.

O procedimento, dessa forma, foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa, restando configurado, com base no artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF/99, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração.

Do exposto voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, visando cobrar o crédito tributário, porventura devido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 279757.0009/22-5, lavrado contra **TRANSPORTADORA JOLIVAN LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” 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, 26 de abril de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR