

A. I. Nº - 180573.0004/12-8
AUTUADO - CIBRA FÉRTIL COMPANHIA BRASILEIRA DE FERTILIZANTES
AUTUANTE - ARISTON ALVES DA SILVA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 20.12.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0285-02/13

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PESSOAS. OPERAÇÕES SUCESSIVAS. A legislação tributária prevê a obrigação de retenção do ICMS devido. Inocorrência da isenção. Infração mantida. **b)** OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS A NÃO CONTRIBUINTE. Infração reconhecida. **c)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Com a exclusão de documento lançado em duplicidade, a infração fica parcialmente elidida. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES. EMPRESA OPTANTE PELO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO.** Comprovado nos autos que a empresa fornecedora de refeições não havia formalizado a opção pela apuração em função da receita bruta, o lançamento é procedente. Indeferido o pedido de realização de perícia. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de novembro de 2012 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$36.517,55, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e municipal, no valor de R\$ 21.282,16, fatos verificados no período de janeiro a março, maio, agosto a novembro de 2008, janeiro, fevereiro, abril, julho, agosto, outubro a dezembro de 2009;

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, e destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$2.633,32, ocorrência constatada nos meses de março e novembro de 2008;

Infração 03. Recolhimento a menor de ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outras unidades da Federação, utilizando alíquota interestadual, com débito de R\$1.645,00, relativo aos meses de dezembro de 2008, janeiro, maio, julho, novembro e dezembro de 2009.

Infração 04. Recolhimento a menor de ICMS, referente a comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em função da Receita Bruta. Consta na descrição dos fatos, tratar-se de "...ICMS diferido, a menor, em razão de ter efetuado o cálculo pelo regime de Apuração em função da Receita Bruta, ao invés de ter aplicado a alíquota de 17% sobre a base de

cálculo reduzida por ser empresa fornecedora de refeições enquadrada no Regime Normal de Apuração c/conta corrente fiscal", totalizando R\$10.957,07.

Tempestivamente, a autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 135 a 154, onde argüi em sua defesa, que a Constituição Federal estabelece expressamente em seu artigo 150 ser defeso à Administração Pública utilizar tributo com efeito de confisco. Todavia, a cobrança ora pretendida tem natureza puramente confiscatória, já que além do decréscimo patrimonial com o pontual adimplemento de sua obrigação tributária, o contribuinte está sendo compelido a dispor novamente de seu patrimônio para quitar o mesmo imposto, e, em hipótese ainda mais absurda, a pagar imposto que nem ao menos é devido pela impugnante.

Acrescenta que a Carta Magna em seu artigo 145, § 1º garantiu a pessoalidade dos impostos através do princípio da capacidade contributiva. Cita e transcreve doutrina.

Não obstante o Auditor entender que os artigos nos quais se embasou a autuação transferem para a impugnante a responsabilidade pelo pagamento das supostas diferenças de ICMS, comprovará a nulidade da referida cobrança.

Destaca que a primeira infração possui como lastro notas fiscais relativas ao período compreendido entre janeiro, fevereiro, março, maio, agosto, setembro, outubro, e novembro de 2008, além de janeiro, fevereiro, abril, julho, agosto, outubro a dezembro de 2009, que seguem inseridas no Anexo I do Auto de Infração aqui combatido.

Ocorre que as notas usadas como base para tal cobrança, foram emitidas pela Cooperativa dos Motoristas Autônomos de Dias Dávila e Região Metropolitana de Salvador, CNPJ 01.736.345/0001-44, que por sua vez presta o serviço de transporte de passageiros.

Esclarece que essa modalidade de prestação de serviços está amparada pelo instituto da isenção, conforme artigo 265, inciso XVIII, do Decreto 13.780/2012, transcrito.

No intuito de dirimir qualquer tipo de dúvida acerca da característica da pessoa jurídica emissora das notas fiscais utilizadas pelo Fiscal para lastrear a infração, qual seja a de veículos transportadores de pessoas (Táxi), anexa o próprio cadastro junto ao SINTEGRA da SEFAZ/BA.

Em tal documento, no campo da atividade econômica, está descrito de forma expressa a função de "SERVIÇO DE TÁXI". Nesse diapasão, diante dos documentos que compõem o Auto de Infração, dos documentos acostados e a legislação Estadual pertinente, cai por terra a exigência de ICMS por substituição quanto ao serviço de transporte de passageiros.

Vale lembrar que o instituto da isenção é decorrente de lei e se traduz numa escolha do poder público competente para exigir o tributo, que termina por dispensar o pagamento deste.

No entendimento dos doutrinadores pátrios até existe o nascimento da obrigação, mas não ocorre o surgimento do crédito tributário. A lei determina expressamente que o contribuinte deixe de arcar com a obrigação tributária.

Ora, se a prática de transporte de passageiros está amparada pela isenção, instituto acima qualificado, não há que se falar em qualquer crédito remanescente com relação às notas fiscais que fundamentaram o lançamento.

Imperioso esclarecer que não visa a ora impugnante debater sobre a condição de sujeito passivo por substituição tributária em matéria de transportes interestaduais ou intermunicipais, apenas se está comprovando que o serviço prestado pela Cooperativa emissora das notas fiscais, em relação ao ICMS, é acobertado pelo instituto da isenção.

Quanto à infração 02, frisa, que a mesma procede apenas em parte, eis que apenas uma parcela das diferenças cobradas na mesma é realmente devida e por este fato foi objeto de pagamento.

Para melhor aclarar quais operações a entende como devidas ao Fisco, e por consequência não serão objeto da presente defesa, acosta planilha de cálculo auto-explicativa, donde se extrai que somente aquelas referentes ao mês de Março de 2008, e a referente ao mês de Novembro de 2009, foram quitadas.

Passa, a seguir, a demonstrar de forma cabal os motivos que tornam o restante da infração 02 totalmente insubsistente.

Sua tese se subdivide em duas frentes: inexistência de diferencial de alíquota pendente de pagamento /tributo corretamente pago na ocasião do fato gerador e cerceamento do direito de defesa à vista da ausência de identificação do fornecedor emissor das notas fiscais.

Relativamente ao mês de março de 2008, argumenta que as Notas Fiscais indicadas às linhas 57 a 86 do mesmo documento que acosta, se vê obstada de apresentar qualquer defesa, uma vez que o agente autuante não identificou o fornecedor destas operações, limitando-se a mencionar número de Notas Fiscais aleatoriamente, as quais não são do conhecimento da empresa, e por isso não foram localizadas pela sua contabilidade.

A indicação do fato gerador, nestas condições, está absolutamente genérica e imprecisa, vez que o atendimento a todas as formalidades da constituição do crédito tributário é condição necessária à validade do lançamento fiscal que se pretende realizar.

A indicação de todos os elementos que circundam a relação jurídico-tributária é imprescindível para o exercício do controle da legalidade da atividade administrativa de lançamento, bem como para o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa pelo autuado.

O cerceamento do direito de defesa do contribuinte é causa de nulidade, inclusive reconhecida no próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, na forma do artigo 18 do RPAF/99, transcrito.

No Auto de Infração não há qualquer indicação do Fornecedor que emitiu as supostas notas fiscais, que também são misteriosa, e que na realidade, verifica-se que a relação de operações efetuadas nos períodos indicados na infração 02 sempre foram localizados pelo Auditor e pela própria Impugnante, à exceção daquelas indicadas

Assegura que tal argumentação não se trata de mera investida protelatória ao pagamento, mas sim, de estar impedida de apresentar defesa mais contundente acerca do débito que não conhece a origem, tal qual o próprio auditor que lavrou o Auto de Infração.

Relativamente ao mês de novembro de 2008, ressalta que a operação indicada na linha 102 de sua planilha está paga e compõe também o recolhimento parcial da infração 02, juntamente com as linhas 11 a 56 referentes a março/2008. Isto é, o pagamento parcial da infração 02 reporta-se exclusivamente as operações contábeis.

Quanto ao mês de novembro de 2009, tem-se que no referido a operação apontada na linha 92 foi lançada em duplicidade pelo auditor fiscal, conforme se observa na linha 93, apontando que tais linhas tratam da mesma nota fiscal.

Logo, quanto às linhas 92 e 93, sendo cópia a cobrança, por lógica, a segunda nota não é passível de novo pagamento e, portanto, não um diferencial de alíquota do ICMS pendente, pois efetuou a retenção e o recolhimento do tributo por ocasião do fato gerador, consoante atesta o Livro de Apuração do ICMS, devidamente vistoriado pelo Auditor Fiscal.

Através do mencionado Livro é possível perceber também que todos os diferenciais de alíquota de ICMS (à exceção da linha 102, paga com acréscimos legais, conforme DAE acostado já foram há muito tempo retidos e recolhidos pela Impugnante, não restando nenhum valor em aberto que possa ser alvo de infração tributária, como se pretende aqui nestes autos.

A prova do pagamento tempestivo afasta a pretensão fiscal de cobrar estes indevidos diferenciais de alíquota, eis que o pagamento é a mais legítima das formas de extinção do crédito tributário, conforme artigo 156, inciso I, do CTN.

Por fim, fala da operação inscrita na linha 138 do documento 04, que se encontra na mesma circunstância daquelas outras de março de 2008 onde a Impugnante não teve como se defender, devido a ausência de identificação do fornecedor e não localização da NF correlata.

A cobrança em relação aos citados créditos entende indevida, pois não pode a impugnante saber ao certo se efetivamente estas operações foram realizadas ou se, em outra hipótese, estes prováveis débitos já foram quitados, pelo que torna impossível a realização de defesa.

Reitera que mesmo diante do vício que torna impossível o contraditório, a Impugnante se esmerou na tentativa de identificação de qual seria o fornecedor e a eventual operação que o fiscal entendeu como não paga a diferença de alíquotas, porém sem êxito. Além disso, a empresa autuada não pretende manter-se irregular junto a Fazenda, mas também não entende justo efetuar o recolhimento de tributo que não conhece a origem. Do contrário, e na hipótese de não haver justificativa para a ausência de recolhimento, o pagamento teria sido feito nesta oportunidade, assim como ocorreu com a outra parcela da segunda infração.

Noutras palavras, o que não pode acontecer, é a impugnante ser penalizada sem ao menos ter oportunidade de se defender, ou pior, podendo pagar o tributo duas vezes por um erro do Fiscal.

Frente à falta de substrato para realização de defesa e o vício que atinge o Auto de Infração, requer à impugnante que a cobrança dos supostos créditos presentes nas linhas 57 a 86 do mês de Março de 2008 e na linha 138 do mês de Novembro de 2009, sejam declaradas inteiramente improcedentes.

Após admitir pertinente a infração 03, asseverando, inclusive, que efetuou o recolhimento do valor devido, aborda a infração 04, em relação à qual, afirmou a Autoridade Fiscal que a Impugnante recolheu a menor o ICMS referente à comercialização de refeições pela empresa GranSapore, em razão de ter efetuado o cálculo pelo Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, ao invés de ter aplicado a alíquota de 17% sobre a base de cálculo reduzida.

Assegura que utilizou na época do recolhimento do tributo a alíquota adequada, que é a de 4% sobre a receita bruta, e não a de 17%, que lastreou o cálculo e culminou no aparecimento de hipotéticas diferenças de ICMS, não existindo diferença a ser paga, e que a fim de atestar a certeza do direito aqui pleiteado, acosta todas as notas fiscais referenciadas na planilha do Anexo IV do Auto de Infração. Tais notas emitidas pela empresa GranSapore fazem referência ao artigo 504 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

A norma legal editada pelo Governo do Estado da Bahia mencionada acima, em seu artigo 504, inciso IV, prevê expressamente que a alíquota a ser utilizada nos casos em que o contribuinte fornecedor de refeições optar pelo pagamento do ICMS mediante regime de apuração em função da receita bruta será a de 4%, transcrevendo o seu teor.

Afirma que através do Processo 57427520030 a empresa se beneficia de Regime Especial de Apuração, e por tal razão resta pacífico que a alíquota que deve incidir sobre a receita bruta é a de 4% e não a de 17%.

As Notas Fiscais emitidas pela empresa GranSapore foram escrituradas corretamente e em atendimento as exigências contábeis para indicação deste regime especial, sempre mencionando o Processo que lhe garantia tal prerrogativa.

Ressalta, ainda, que os documentos que cabiam a Impugnante trazer aos autos foram em sua maioria reunidos nesta oportunidade, sendo que caso o Fisco Estadual entenda necessário o exame de outras provas, não deve este eximir-se de acessar suas bases acerca da empresa

GranSapora, vez que não cabe à defendente acostar documentos referentes à outra pessoa jurídica, devendo o ente tributante, por meio da sua competência funcional, igualmente reunir os eventuais documentos faltantes.

Em vista do teor das notas usadas como fundamento da quarta infração e da redação da norma pertinente, resta claro, a seu ver, que o tributo foi pago corretamente inexistindo qualquer saldo de diferença.

Após fazer digressões acerca do princípio da verdade material, e da prova, juntando decisão acerca de indeferimento de pedido de perícia, conclui pelo reconhecimento do pagamento parcial da infração 02 e pagamento integral da infração 03, que juntas somam a quantia de R\$4.920,83, considerando nesta quantia os demais encargos moratórios, e sendo assim, pela extinção do crédito tributário, conforme artigo 156, I do CTN.

Requer, ainda, o acolhimento da impugnação, para que seja julgado improcedente o Auto de Infração ora vergastado, em razão da indevida cobrança de ICMS, com esteio nas razões fáticas e jurídicas acima esposadas, bem como a concessão de prazo para a juntada de documentos outros posteriormente identificados como necessários à prova do quanto asseverado, além do deferimento da prova pericial nos termos supra requeridos e que no feito se realize diligência contábil, a fim de examinar todas as facetas ao redor do assunto ora combatido.

Informação fiscal prestada às fls. 282 a 284 por preposto estranho ao feito, diante da aposentadoria do autuante, argumenta que a Cooperativa dos Motoristas Autônomos de Dias Dávila e Região Metropolitana de Salvador Ltda. não se configura numa “cooperativa de taxi”.

E nem poderia. O serviço de taxi, assim como suas cooperativas, não podem extrapolar o limite do Município no qual atuam. Ou seja, não pode uma cooperativa de taxi reunir, entre seus cooperados, taxistas do Município de Dias Dávila e “Região Metropolitana de Salvador”, conforme a própria razão social da contratada anuncia.

Resumindo, os serviços prestados pela Cooperativa dos Motoristas Autônomos de Dias Dávila e Região Metropolitana de Salvador Ltda. configuram-se em transporte intermunicipal de passageiros, prestados por uma empresa que não é cooperativa de taxi, e nem se enquadra como tal, fora do alcance, portanto, do aludido Artigo 265, do Decreto nº 13.780/12, que inclusive não vigia à época dos fatos geradores.

Lembra que as cooperativas sujeitam-se às normas legais das atividades onde atuam.

Somente para reforçar o entendimento, esses veículos cooperativados não utilizam-se de placa policial “vermelha” e não podem prestar o serviço de taxi, oficialmente, nos Municípios.

Para a Infração 02 afirma que a Autuada reconheceu parte da exigência e argúi nulidade de parte do demonstrativo pelo fato de não ter sido informado, no demonstrativo, o número do CNPJ do emitente do documento fiscal, e que os dados ali relacionados foram extraídos do seu arquivo magnético SINTEGRA e estão em comum acordo com as DMA's transmitidas para o BD da SEFAZ.

No demonstrativo está informado o número da Nota Fiscal, o CFOP utilizado pela Autuada para registro no seu livro de Registro de Entradas e a data da emissão do documento fiscal, e que, se, de fato não houvesse localizado as referidas Notas Fiscais teria anexado cópia do seu livro de Registro de Entradas como meio de comprovar que, ali, esses documentos não estão registrados e, portanto, os desconhece, o que torna a alegação desprovida de prova admitida em direito.

Para a Infração 04, indica que a fornecedora de refeições Gran Sapore BR Brasil S/A obteve Regime Especial para apuração centralizada do ICMS, e que suas operações são registradas nos livros fiscais e a apuração do ICMS é com base na conta corrente gráfica, sendo que os documentos de fls. 96 a 100 comprovam a forma de recolhimento do imposto.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado procedente, não se acatando a alegação defensiva.

Na sessão de julgamento, a representante legal da empresa, apresentou memoriais, bem como realizou sustentação oral.

VOTO

O lançamento constitui-se de quatro infrações arroladas pela fiscalização, das quais a terceira foi reconhecida pela autuada, e a segunda, parcialmente, razão pela qual, de plano, deixo de adentrar no mérito das mesmas, quanto as parcelas reconhecidas.

Inicialmente, não acolho o pedido de "perícia" ou "diligência" formulado na peça defensiva, diante do fato de que, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, que assim dispõe:

"Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

II - de perícia fiscal, quando:

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas".*

É preciso se observar que o não deferimento da mesma não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável, razão pela qual indefiro o mesmo.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de descon sideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa.

Diante de tais considerações, impende dizer-se que embora obedeça aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão do julgador, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente do julgador.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa do relator, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Por outro lado, o pedido deveria ter sido feito, com base em fatos objetivos apurados pela defendente, lastreado em indicações, e não, como feito ao longo do processo, de forma genérica e sem apontar qualquer dado, elemento, ou falha no levantamento ocorrido, o que deveria fazer por força de lealdade processual. Pela mesma razão, havendo prova a ser produzida, a empresa deveria fazê-lo, ainda mais se considerarmos que os elementos necessários para tal, a saber, os livros e documentos fiscais foram emitidos pela mesma, e permanecem em seu poder.

Digno de registro, é o fato da jurisprudência vir se posicionando no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo das decisões abaixo transcritas:

"TST - RECURSO DE REVISTA RR 862 862/2003-002-10-00.1 (TST)

Ementa: RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA E DE PERÍCIA. PROVA DOCUMENTAL NÃO IMPUGNADA PELO RECLAMANTE NO MOMENTO OPORTUNO. Documentos colacionados por uma parte e não impugnados pela outra. Artigos 368 e 372 do CPC . Não caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento de oitiva de testemunha e de realização de perícia grafodocumentoscópica objetivando desconstituir a validade e a eficácia de documentos não impugnados. Recurso a que se nega provimento."

" TJRS - Agravo de Instrumento AI 70046629127 RS (TJRS)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFODOCUMENTOSCÓPICA. INDEFERIMENTO. Cabe ao Juiz, como destinatário da prova e para formar seu convencimento, decidir acerca da pertinência da prova pericial. Desnecessária a perícia contábil. Em decisão monocrática, nego seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70046629127, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein - Data de Publicação: 16/01/2012"

"TJSP - Apelação APL 9126802752009826 SP 9126802-75.2009.8.26.0000

Data de Publicação: 18/01/2013

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA Prova pericial requerida Anatocismo alegado Indícios inexistentes Alegações genéricas Julgamento antecipado autorizado. Sem qualquer indicação precisa acerca da irregularidade havida nos cálculos apresentados pelo credor, de rigor o indeferimento da prova pericial genericamente requerida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Recurso não provido".

Quanto as colocações recursais de existência de eventual cerceamento de defesa, verifico que a autuação foi fundada em elementos concretos (livros e documentos fiscais escriturados e emitidos pelo sujeito passivo), com a devida base legal, calcada em demonstrativos analíticos planilhados constante nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, dos quais a Recorrente recebeu cópia.

Assim, conclui-se que a garantia da ampla defesa, seja qual for à natureza do objeto do processo, compreende não só o direito de ser informado, como de igual forma o exercício do contraditório, além do direito à prova legitimamente obtida ou produzida. No caso presente, verifica-se ausente qualquer elemento de prova que venha a contradizer ou contrapor o lançamento realizado, ainda assim, houve a oportunidade da Recorrente produzi-la. Logo, não pode a mesma arguir qualquer prejuízo à sua defesa.

De igual forma, não se pode argumentar que o lançamento tributário ofendeu o princípio da legalidade, vez que realizado ao amparo e em consonância com as normas legais, especialmente a Lei Complementar e a legislação estadual, inclusive, e sobretudo, a Lei nº 7.014/96.

Portanto, foram respeitados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, inexistindo, de igual forma, qualquer desrespeito ao RPAF/99, além de não se verificar qualquer das situações previstas nos artigos 18 e 39 de tal dispositivo regulamentar, tanto

é assim que o sujeito passivo apresentou-se ao fisco, contestou a acusação posta, teve a possibilidade de produzir as provas que entendesse necessárias para a desconstituição do lançamento, enfim, exerceu todas as possibilidades de direito de defesa e exercício do contraditório.

Da mesma forma não acolho a alegação recursal de existência de qualquer confisco, vez que o lançamento visa apenas a cobrança daquilo que o Fisco entende devido pelo sujeito passivo, cabendo a este órgão, naquilo que o direito a amparar, expurgar do lançamento eventuais parcelas indevidamente cobradas da empresa, dentro do senso de justiça.

Por tais razões, não vislumbro qualquer violação a tal princípio, não acolhendo qualquer assertiva a respeito, não podendo, pois, acatar tal argumentação, rejeitando a nulidade do lançamento.

No mérito, a infração 01, trata-se de operações de serviço de transporte realizado sem a correta retenção e recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária.

Inicialmente, observo que em momento algum da sua defesa, se insurge contra qualquer cobrança relativa ao serviço de transporte prestado pela empresa JSL S. A., inscrição estadual 29.598.881 e CNPJ 52.548.735/0026-27, constante do demonstrativo de fls. 169 a 171, motivo pelo qual há de se aplicar a regra do artigo do RPAF/99, que diz que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Verifico, de igual forma que, ao abordar o argumento de que a isenção concedida ao transporte realizado por taxi, e que estaria amparado pelo Decreto 13.780/2012, conforme argüição defensiva é preciso que se esclareça de plano, que conforme cediço, na apreciação de matéria tributária, aplica-se aos fatos geradores a norma vigente na época de sua ocorrência, no caso, os anos de 2008 e 2009. , quando vigia a norma regulamentar aprovada pelo Decreto 6.284/97, não se podendo, pois, invocar o conteúdo do Decreto 13.780/2012 que sequer vigia à época dos fatos geradores ora apreciados.

A alegação recursal prende-se ao fato de entender as operações realizadas pela Cooperativa dos Motoristas de Táxi de Dias Dávila e Região Metropolitana de Salvador Ltda. (Digitaxi), estarem amparadas por isenção, nos termos do artigo 265, inciso XVIII, do RICMS/97.

Entretanto, não comungo de tal pensamento, entendendo que o serviço prestado pela empresa à autuada, na verdade, não se caracteriza como um serviço de taxi, mas de transporte de passageiros intermunicipal, consoante os próprios documentos acostados às fls. 40 a 56, no qual a Digitaxi, emite as notas fiscais que englobam todas as prestações de serviço de transporte ocorridas no período autuado, caracterizando as chamadas "operações sucessivas" de transporte de que nos fala a legislação, especialmente o artigo 380, inciso II, combinado com o artigo 382 RICMS/97.

Assim determinam os mesmos:

"Art. 380. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte:

(...)

II - o tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, nas prestações sucessivas de serviços de transporte, nos termos do art. 382."

"Art. 382. Quanto à responsabilidade de que cuida o inciso II do art. 380, nas prestações de serviços de transporte que envolvam repetidas prestações:

I - o tomador do serviço de transporte, tanto na condição de remetente como de destinatário, quando inscrito neste Estado como contribuinte normal, assumirá a responsabilidade pelo imposto devido pelo prestador, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo observar o seguinte:.....".

Dessa forma, pela análise dos documentos fiscais acima mencionados, observo que existe um serviço continuado, onde o transportador, no caso a empresa Digitaxi, mantém um contrato com a autuada, se colocando à disposição da contratante (autuada), não podendo se confundir tal prestação de serviço, com aquela prestada por taxi. Se assim o fosse, estaríamos frente a elisão fiscal, o que não se admite.

A respeito da prestação continuada de serviços de transporte, este órgão, através da sua 2ª Câmara, prolatou a seguinte decisão:

"ACÓRDÃO CJF Nº 0330-12/04

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. Apesar de não existirem contratos formais firmados, restou comprovada a prestação sucessiva de serviço de transporte, cabendo ao recorrente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria."

Por tais razões, entendo que a infração deva ser mantida, julgando-a procedente.

Para a infração 02, quanto às notas fiscais que a defendente afirma desconhecer, tratam-se de documentos que constam no demonstrativo de fl. 186, na qualidade de transportador, possuindo a planilha elaborada, o número da mesma, a data, o valor, a origem, base de cálculo, alíquota, enfim, exceto o CNPJ, vez que diante de tratar-se de transportador, se refira àquele transporte realizado por autônomo, todos os demais dados da nota fiscal encontram-se devidamente identificados, podendo a empresa facilmente identificar tais documentos, até pelo fato dos mesmos constarem em seus registros.

Some-se a isso, o fato de ter a autuada identificado os demais documentos na mesma situação, ou seja, ausente apenas o número do CNPJ.

Quanto à alegação defensiva de que no mês de novembro de 2009, foi lançada nota fiscal em duplicidade pelo auditor fiscal, efetivamente, no documento de fls. 185, consta na linha 92, do demonstrativo trazido pela empresa autuada, a cobrança relativa à nota fiscal 119593, sendo que outra cobrança, relativa ao mesmo documento, e no mesmo valor, foi lançado na linha 93, o que nos levaria à conclusão de que teria, efetivamente, havido duplicidade de lançamento. O demonstrativo de fls. 26 a 30, elaborado pelo autuante, onde, precisamente na fl. 28 de tal documento fiscal encontra-se lançado, integrando o demonstrativo elaborado pelo autuante, verifiquei que, de fato, tal documento consta duas vezes, uma na fl. 28, em 06 de novembro, e outra, em 13 de novembro, já aí, na fl. 29, confirmando a alegação defensiva, razão pela qual retiro um dos lançamentos, relativos à nota fiscal 119593, no valor de R\$690,27, concernente ao débito da DIFAL, e altera a autuação na parcela referente ao mês de novembro de 2009 para R\$112,77, fruto da subtração de R\$9.790,69 - R\$690,27 - R\$8.987,65, muito embora entenda relevante registrar que a informação fiscal prestada, com todo o respeito ao funcionário fiscal por ela responsável, em nada ajudou na elucidação da questão.

No tocante à alegação defensiva de que já teria recolhido parcelas desta infração em momento anterior ao da autuação, infelizmente a autuada não fez a devida e necessária prova de tal fato, acostando apenas documento de fls. 185 e 186, no qual observa que em relação à nota fiscal 119593, no valor de R\$690,27, "foi pago o DIFAL", o mesmo ocorrendo em relação às notas fiscais 119621, 119652, 119620, 76375, 1041, 1187, 39132, 59337, 16245, 4121, 680, 2899, 6471, 192817, 51348, 114756, 3333, 1174, 555, 75892, 75893, 1292, 346470, 811893, 812149, 815911, 811706, 827474, 830351, 53196, 274091,

ACÓRDÃO JF Nº 0285-02/13

811706, 813536, 813730, 813873, 812668, 53083, 823468, 820523, 276909, 821281, 823849, 366940, sem, todavia, demonstrar tal fato, apenas acostando um Documento de Arrecadação e comprovante de recolhimento (fls. 206 e 207), datados de 03 de janeiro de 2013, que se refere ao recolhimento de parte do valor lançado no Auto de Infração.

Verificando os livros fiscais especialmente aqueles cujas cópia encontram-se acostadas às fls. 209 a 21, verifico que de forma efetiva, a empresa autuada lançou e recolheu parcela do imposto devido a título de diferencial de alíquota, todavia, conforme reza a autuação, o fez a menor. E tal afirmação fica devidamente esclarecida quando se coteja a planilha de fl. 28, com o documento de fls. 214, não tendo tal fato qualquer repercussão na apuração total, vez que tal valor foi considerado na planilha de fl. 30, quando da apuração do valor devido, do qual foi diminuído.

Assim, a infração 02, fica parcialmente mantida, no valor de R\$1.943,05.

A infração 03 não foi contestada, muito ao contrário, foi reconhecida pela empresa autuada, razão pela qual deixo de tecer qualquer consideração relativamente à mesma, entendendo-a procedente.

No tocante à infração 04, a alegação defensiva é de que a empresa fornecedora de refeições para a autuada, havia feito a opção pela tributação através do regime de apuração pela receita bruta, nos termos do Parecer DITRI 0301/2004, cuja cópia incompleta encontra-se às fls. 88 e 89 dos autos.

Todavia, documento cadastral de fl. 85, que espelha a situação da mesma frente à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, indica que a empresa, na verdade, apurava o imposto pelo regime normal, através do mecanismo de "conta corrente fiscal".

Analisando o inteiro teor do processo mencionado pela autuada, qual seja o de número 574.275/2003-0, observo que em nenhum momento o mesmo se reporta a qualquer concessão de regime simplificado de apuração, limitando-se a conceder regime especial para a "utilização de inscrição única e centralização da escrituração fiscal nas operações de fornecimento de refeições em estabelecimentos de terceiros localizados neste Estado. Por tal razão, permito-me transcrever o inteiro teor do parecer concessivo:

"GRAN SAPORE BR BRASIL S/A, empresa inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS sob o código de atividade 5524701, fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas, dirige requerimento a esta Secretaria solicitando extensão do tratamento tributário dispensado ao estabelecimento matriz situado em São Paulo que consiste na unificação da inscrição estadual com consequente centralização da escrituração fiscal, abrangendo seus estabelecimentos localizados na Via Matuim, nº 902, Parte, Cia Norte, Município de Candeias, CNPJ nº 67.945.071/0095-18 e na Rodovia BR 324, Km 24, s/nº, Centro, Município de Simões Filho, CNPJ nº 67.945.071/0134-69.

A concessão de Regime Especial para a emissão de documentos ou a escrituração de livros fiscais encontra-se prevista no art. 900 do RICMS-Ba visando facilitar aos contribuintes o cumprimento das obrigações fiscais.

O art. 907, I, por sua vez, determina que aprovado o regime especial, sua utilização, pelos demais estabelecimentos da empresa, que não a matriz, dependerá de prévio pedido de extensão, quando a matriz do estabelecimento for situada em outra unidade da Federação, hipótese em que se observará o disposto no § 1º do art. 901, devendo o processo obedecer aos mesmos trâmites e procedimentos previstos para a concessão do regime originário.

Nesse sentido, em atendimento ao disposto no § 1º do artigo 901 do RICMS/BA, a interessada anexou cópias do ato concessivo aprovado pela unidade federada onde se localiza o estabelecimento matriz. O titular da Infaz/Iguatemi, por sua vez, manifestou-se favoravelmente ao atendimento do pedido por entender que o mesmo contempla procedimentos que não trazem prejuízos para a Fazenda Estadual nem dificuldades ou impedimentos de controle fiscal. Alega, inclusive, que sistemática semelhante à proposta

pela interessada já foi autorizada por esta Secretaria da Fazenda quando solicitada por contribuintes que atuam no mesmo segmento.

A análise do pleito à luz da legislação vigente em conjunto com o posicionamento do Inspetor Fazendário da circunscrição da requerente nos leva a sugerir o deferimento do pedido autorizando a extensão do regime especial pleiteado devendo ser observados os seguintes procedimentos:

Cláusula Primeira - A requerente deverá manter uma única inscrição estadual centralizada no estabelecimento da Av. Tancredo Neves, 274, Pituba, ficando os estabelecimentos filiais identificados na inicial, que operam como restaurantes fornecedores de refeições coletivas a funcionários de empresas, vinculados a contrato de fornecimento, dispensados de se inscreverem no cadastro de contribuintes do ICMS, bem como de emitirem nota fiscal no momento de cada fornecimento.

Cláusula Segunda - A interessada deverá encaminhar ao fisco comunicação de que irá realizar operação de fornecimento antes do seu início. Este documento deverá conter o nome, o endereço e os números de inscrição estadual e CNPJ da empresa contratante; da mesma forma, ao terminar o contrato, o contribuinte deverá comunicar o fato ao fisco dentro do prazo de 30 (trinta) dias.

Cláusula Terceira - As aquisições de insumos, de materiais correlatos à atividade do estabelecimento e a tomada de serviços, deverão ser realizadas através do estabelecimento sede da interessada, devendo constar no documento fiscal emitido em decorrência da operação ou da prestação, como local de entrega ou de recebimento, o endereço da contratante, onde se localiza o restaurante.

Cláusula Quarta - A interessada deverá lavrar termo específico no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências referente a cada início e a cada encerramento de atividades nos restaurantes.

Cláusula Quinta - A movimentação de mercadorias, materiais de uso ou consumo, bens do ativo fixo e impressos de documentos fiscais entre o estabelecimento da interessada e os diversos restaurantes efetuar-se-á acompanhada por nota fiscal, sem destaque do imposto, nela indicando-se os locais de procedência e de destino.

Cláusula Sexta - As notas fiscais emitidas nas condições do item anterior deverão ser escrituradas englobadamente, ao final de cada período de apuração, observando-se, na coluna própria, tratar-se de regime especial, com indicação do ato concessivo.

Cláusula Sétima - Sem prejuízo da escrituração normal do estabelecimento da requerente, em cada local onde estiver exercendo as atividades de restaurante industrial, a interessada adotará livro fiscal, de modelo especial, previamente autenticado pelo fisco, denominado "Registro de Controle de Entradas/Saídas", no qual serão registrados os demais documentos fiscais relacionados com as operações e prestações tuteladas por este regime especial, com as seguintes indicações mínimas:

1 - relativamente à entrada de mercadoria ou à prestação de serviço tomado:

- a) a data da entrada de mercadoria ou da prestação de serviço;*
- b) a data da emissão, o número e o valor contábil do documento fiscal emitido pelo remetente ou pelo prestador do serviço;*
- c) o nome e os números de inscrição, estadual e no CNPJ do estabelecimento emitente do documento fiscal;*

2 - relativamente à saída de mercadoria:

a) a data da saída;

b) a data da emissão, o número e o valor contábil do documento fiscal.

3 - na coluna "Observações" a circunstâncias de se tratar de entrada ou saída, conforme o caso.

Cláusula Oitava - Em relação a cada restaurante da empresa, à vista de vales ou de outro sistema de controle estabelecido no contrato para fornecimento de refeições, a interessada deverá emitir, no fim de cada dia, o documento denominado "Controle de Refeições", ao qual se aplicam todas as exigências regulamentares atinentes aos documentos fiscais. Este documento deverá ser emitido em, no mínimo, 3 (três) vias:

1ª via - emitente

2ª via - contratante

3ª presa ao bloco para exibição ao fisco.

Cláusula Nona - Ao final de cada período estipulado no contrato para pagamento do fornecimento, sempre dentro do período de apuração do imposto, a interessada emitirá nota fiscal, englobando os Controles de Refeições emitidos no período, cujos números nela serão mencionados. O disposto nesta cláusula se aplica, também, ao fornecimento de refeição avulsa, obrigando-se a interessada à emissão de documento fiscal englobando o período considerado.

Cláusula Décima - A escrituração fiscal e o regime especial serão efetivados pelo estabelecimento da interessada obedecidos os prazos e condições regulamentares, incluindo-se a apresentação da Cédula Suplementar da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - CS - DMA, com dados informativos necessários à apuração dos índices de participação dos Municípios Baianos na arrecadação do ICMS. Assim como a apresentação dos demais formulários de caráter econômico-fiscal, exigidos pela legislação do ICMS.

Cláusula Décima Primeira - Para os efeitos deste regime especial, a interessada deverá manter, nos restaurantes das empresas contratantes, impressos de documentos fiscais, cujo controle será efetivado mediante anotação no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência.

Cláusula Décima Segunda - Todos os documentos fiscais emitidos pela interessada nas condições deste regime especial mencionarão, além dos requisitos atinentes, a expressão "Inscrição Única - Regime Especial Parecer GECOT/DITRI nº 301/2004", de forma impressa ou a carimbo.

Cláusula Décima Terceira - O presente regime especial poderá ser alterado ou cassado, a qualquer tempo, a critério do Fisco Estadual e não dispensa o contribuinte do cumprimento de suas obrigações, principal e acessórias, previstas na legislação tributária.

À consideração superior".

Com efeito, os documentos fiscais de fls. 223 a 253, emitidos pelo fornecedor das refeições, indica que a empresa teria feito a opção pela regra de tributação estabelecida no artigo 504 do RICMS/97. Todavia, não formalizou tal procedimento junto à Secretaria da Fazenda.

Ademais, o inciso II do mencionado artigo 504 do RICMS/97 determinava que:

"II - o contribuinte que pretender optar pelo tratamento previsto neste artigo deverá formalizar a sua opção, mediante solicitação de alteração cadastral;"

Ou seja: o contribuinte deveria, de forma explícita, informar ao Fisco a sua opção pela adoção do regime de apuração do imposto pela receita bruta.

Por outro lado, analisando os documentos constantes às fls. 90 a 92, constato que se trata de outro regime especial, sob número 4428/2007, que não diz respeito a qualquer opção pela apuração do imposto via receita bruta, sequer à matéria ora em discussão, até por que tal mecanismo dispensa esta modalidade, que é utilizada para a adoção de procedimento não previsto regulamentarmente, mas que é concedida de forma excepcional, mediante solicitação da empresa interessada.

Logo, as arguições defensivas não procedem, nem podem ser acolhidas, ainda mais se considerarmos que os próprios extratos de recolhimento da empresa fornecedora de refeições da autuada, acostados às fls. 96 a 100, indicam recolhimentos de ICMS realizados através do código de receita 0759, que vem a ser a rubrica "ICMS Regime Normal Comércio", não fazendo qualquer menção ao recolhimento através da opção pela receita bruta. Infração procedente.

Assim, julgo o lançamento parcialmente procedente, no valor de R\$35.827,28, correspondente às seguintes parcelas: infração 01 (R\$21.282,16); infração 02 (R\$1.943,05); infração 03 (R\$1.645,00) e infração 04 (R\$10.957,07).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180573.0004/12-8** lavrado contra **CIBRA FÉRTIL COMPANHIA BRASILEIRA DE FERTILIZANTES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.827,28**, acrescido da multa de 60% prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alíneas "a", "e" e "f", e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR