

PROCESSO - A. I. Nº 278868.1001/12-6
RECORRENTE - CAMBUCI S/A. (PENALTY)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF 0221-05/13
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 05/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0091-12/14

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Caracterizada a condição de Sujeito passivo por substituição do autuado, bem como o descumprimento das aludidas obrigações tributárias. Infrações caracterizadas. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Caracterizada a responsabilidade do sujeito passivo. Infração procedente. 3. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO QUE REGE A MATÉRIA. Comprovada a utilização do crédito em desacordo com a legislação posta. Não acolhida as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 09/12/2013 (Acórdão de fls. 157/169) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/03/2013, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 10.090,77, em decorrência da constatação de infrações, relativas aos exercícios de 2011/2012, consoante documentos às fls. 01/ 03 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Total da infração R\$ 6.354,73.

INFRAÇÃO 02 Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo Às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Total da infração R\$ 159,14.

INFRAÇÃO 03 Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Total da infração R\$ 3.439,13.

INFRAÇÃO 04 Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Total da infração R\$ 137,77

Após a apresentação da defesa (fls. 74/94) e da correspondente informação fiscal (fls. 140/150), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla quatro infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Verifico que o autuado argui preliminares que se confundem com o mérito das infrações em lume. O impugnante, efetivamente, exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou

extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia.

Não cabe acolhimento, especialmente quanto ao pedido de perícia alinhado às fls. 91 a 93 dos autos, relativos à verificações de livros de Registro de Saídas, quanto a prestações de serviços, infração 1 e 2, Registro de Apuração do ICMS, prestadoras de serviços, Conhecimentos de Transportes Rodoviários, infrações 1 e 2, Declaração Mensal de Apuração DMA, infrações 1 e 2, SINTEGRA das prestações de serviços de transportes, Resumo Cadastral de fornecedores de refeições, item 4, outros documentos cuja análise seja reputada necessária, são exames e provas cujo o ônus é do sujeito passivo, cabendo a ele trazer e extrair dos aludidos documentos ou livros os elementos que entende necessários para elidir as presentes exigências tributárias, na medida, inclusive, que o autuante já trouxe aos autos as explicações, não apenas quanto as infrações 1, 2 e 3, inclusive quanto a Infração 04, no que concerne a contratação de transporte de outras unidades da federação.

A reunião de processo, aludido pelo autuado, não tem amparo nas normas que regulam o processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia.

O autuado se insurge em relação a sua condição de sujeito passivo na qualidade de substituto tributário das infrações 1 e 2. Quanto a essa questão a norma, constante do art. 382, II, é clara ao determinar que 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 do RICMS, é o responsável 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, cabendo observar ainda o art. 298 do RICMS/97.

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:”

“Art. 298. *Somente são sujeitos à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transportes contratadas por contribuinte inscrito neste estado na condição normal:*

I – realizada por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste estado;

II – que envolva repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato;”

Cabe toda razão ao autuante quando afirma que o Convênio ICMS 25/90 (já transcrito no relatório acima), ao qual o Estado da Bahia aderiu, determina que no caso de transporte de carga interestadual, a responsabilidade pelo pagamento do imposto apenas poderá ser atribuída ao remetente (no caso, a Impugnante), quando o transportador não possuir inscrição no Estado.”

Efetivamente o Convênio menciona que a unidade da Federação poderá atribuir a responsabilidade do imposto devido, sendo assim, faculta ao Estado de início da prestação a prerrogativa de impor ao tomador do serviço de transporte a responsabilidade pelo imposto incidente na operação para o caso da prestadora não possuir inscrição no seu cadastro de contribuinte.

Em consonância com o que alinha o autuante, com amparo no que determina os artigos 380 e 382 do RICMS-BA (Decreto nº 6.284/97), além do Art. 298 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), as empresas prestadoras de serviço de transporte arroladas no Auto de Infração, detentoras de inscrição no CICMS/BA ou não, são consideradas contribuintes substituídos, configurando a tomadora do serviço, o autuado, como contribuinte substituto e responsável pelo pagamento do imposto devido.

Quanto ao item da defesa que afirma à impossibilidade de cobrança de ICMS sobre o serviço de transporte contratado em outra Unidade da Federação, ficou demonstrado pelo autuante, na apuração documentada em planilhas constantes do arquivo em excel “transportes_itabuna_2011_2012.xls” anexado pelo autuante quando da lavratura deste Auto de Infração, que os casos de conhecimentos de transporte, cujo início de prestação de serviço deu-se fora do Estado da Bahia, não foram contemplados na apuração do imposto devido.

Quanto ao pedido para afastamento da aplicação da multa caso seja mantida a cobrança do imposto previsto para a infração 1, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF tal providência, conforme o artigo 159, inciso II do RPAF/BA.

Diante do exposto, as infrações 1 e 2 são procedentes.

Quanto à infração 3, afirma o autuado que houve erro na alíquota aplicada ao ICMS diferido na aquisição de refeições, cabe razão à informação do autuante quando afirma que, o Regime Especial Unificado de

Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº. 123/2006, não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme previsto no art. 386, inciso I, c/c o art. 343, inciso XVIII, e art. 349, todos do RICMS/BA. Infere dos aludidos textos legais que a opção pelo Simples Nacional por parte do fornecedor de refeições, o substituído, em nada alcança o cálculo do imposto cujo lançamento fora diferido para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, o substituto, que no caso específico em tela é o autuado.

No que tange a arguição de ilegitimidade de parte em relação à infração 3, na medida em que não há a etapa posterior de circulação, estamos tratando, no presente caso, de substituição tributária por deferimento, onde o fato gerador ocorre numa etapa anterior à exigência tributária, diferente da substituição tributária para frente. No presente caso não se está a exigir o imposto devido nas etapas posteriores e sim do imposto cujo fato gerador já ocorreu e se está transferindo a responsabilidade pelo lançamento e pagamento para o adquirente.

A substituição tributária por diferimento pressupõe a ocorrência do fato gerador antecedente onde não há a antecipação do imposto, e a responsabilidade por substituição tributária é atribuída ao adquirente que fornecerá que destinará as refeições ao consumo por parte de seus empregados. Assim, tanto o art. 7º da Lei nº 7014/96 como os demais dispositivos que regem a matéria não tratam ou condicionam a exigência de etapa posterior para atribuir a responsabilidade por substituição tributária, pois a etapa que pressupõe tal responsabilidade é a etapa anterior à entrada no estabelecimento adquirente, ou seja, o fornecimento das refeições.

Em relação à arguição do sujeito passivo de pagamento do ICMS pelas prestadoras de serviços de transportes interestaduais, cabe lembrar que o impugnante, sendo o tomador do serviço, é o contribuinte substituto tributário, e as empresas prestadoras, os contribuintes substituídos. O autuado alega que o imposto devido foi pago pelo prestador do serviço, ou seja, o substituto tributário. Além de não ficarem comprovados tais pagamentos, pois o autuado alega que foram lançados nos livros fiscais do substituído, ainda que comprovados a Legislação Tributária do Estado da Bahia não atribui, no presente caso, tal responsabilidade ao substituído, por supletividade ou mesmo por solidariedade, o que impede o aproveitamento dos aludidos pagamentos pelo substituído, restando apenas ao mesmo, uma vez comprovados os indevidos pagamentos, requer a restituição dos valores indevidamente recolhidos.

Assim, ainda que tais pagamentos fossem indevidamente compensados na presente Decisão administrativa, caberia ao substituído requerer tal devolução, restando clara, portanto, a impossibilidade, no presente caso, de aproveitamento dos valores eventualmente recolhidos pelo substituto para satisfazer o cumprimento de uma obrigação tributária principal que é devida pelo substituto tributário.

Ainda que os substituídos se comprometessem formalmente em não requerer a aludida devolução, tal declaração não possuiria eficácia jurídica para desobrigar ou desonerar o substituto das obrigações a ele impostas por lei, nem mesmo de impedir que o substituído efetivamente requeresse a devolução dos pagamentos indevidamente efetuados, na medida em que não há previsão legal para que lhe seja exigida tal obrigação tributária.

Assim, cabe a procedência da infração 3.

No que alude a infração 4, quanto à arguição da legitimidade do creditamento de ICMS pago a maior ao Estado da Bahia, consigna o autuante que, após ações fiscais anteriores, o autuado passou a efetuar recolhimentos de ICMS a título de substituição tributária transportes (código receita 1.632) a partir de abril de 2012. Caso o autuado entenda que houve um pagamento indevido, cabe solicitar restituição conforme no art. 74 e 75 do Decreto nº 7.629/99, já reproduzido pelo autuante, mas não há legitimidade dos creditamentos, efetuados através de estornos de débitos concernente a Substituição tributária de frete de transportadoras localizadas no Estado de São Paulo.

No que tange a arguição de ausência de prejuízo ao erário, alega que a manutenção da cobrança do imposto do suposto substituto tributário por meio do Auto de Infração em tela caracteriza “bis in idem”, haja vista o valor já ter sido recolhido pelas transportadoras prestadoras de serviço, o substituído, questão já enfrentada nas infrações 1 e 2, acima alinhadas.

A justificativa da defesa do autuado em afirmar que as empresas transportadoras recolheram o tributo devido não se sustenta como verdadeira, pois a obrigação tributária prevista no texto legal não pode ser objeto de ajustes particulares. Tal entendimento viola o disposto no artigo 123 do CTN, que abaixo reproduzo:

“Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls.

185/210), em que basicamente reitera todos os termos aduzidos em sede de impugnação, nos seguintes termos:

- a) Arguiu a nulidade da Decisão por cerceamento de defesa – indeferimento da perícia. Entendeu ser desumano esperar que os julgadores pudessem analisar cada um dos CTRE mencionados na presente Autuação e seu respectivo registro nos livros das transportadoras, para por fim verificar que o ICMS foi devidamente pago por meio de DAE. Por essas razões postulou que o julgamento fosse convertido em diligência a fim de evitar a juntada desnecessária de um volume enorme de documentos aos autos. Alegou ainda que a juntada dos mencionados documentos comprovam a iliquidez do trabalho fiscal e a procedência dos argumentos oferecidos no sentido de que existiu o pagamento do imposto, restando assim comprovado o equívoco da fiscalização e a precisão de perícia em livros fiscais e demais documentos, cuja juntada aos autos se mostra impraticável em razão do grande volume. Assegura que sem a perícia, os valores de ICMS pagos pelas transportadoras, em observância ao Convênio ICMS 25/90, não poderão ser apurados, de modo que o recorrente será obrigada a pagar novamente estas quantias. Reiterou a indicação como assistente técnico para acompanhar os trabalhos periciais a Sra. Maria Jose Carvalho.
- b) Alegou Ilegitimidade de parte em relação às infrações 1 e 2 pois o Acórdão recorrido é contrário à prova incontestável contida nos autos, diante que em nenhum momento foi citado que os prestadores de serviço possuem inscrição no Estado, o que permitiria afastar a cobrança. Assim considerando o Convênio ICMS 25/90, afirmou que a cobrança referente as infrações 1 e 2 não poderia ter sido imputada, uma vez que as operações de transporte de carga interestadual foram contratadas com transportadoras que possuem inscrição no Estado da Bahia.
- c) Arguiu ilegitimidade da infração 3, declarando que o recorrente não atua no ramo de venda de alimentos, não realiza operação de circulação de refeições, declarando-se consumidora final, não sendo assim contribuinte para esse fim.
- d) Por fim informou ausência de prejuízo ao erário – impossibilidade de cobrança do imposto e multa. Afirmou que reconhece o instituto da substituição tributária e que a pequena diferenciação burocrática entre retenção e recolhimento pelo substituto tributário e a forma como de fato ocorreu (em parceria com as prestadoras de serviço de transporte) não configura fraude contra a lei fiscal. E que tal fato não autoriza ao Estado exigir o pagamento dobrado de um mesmo tributo.

VOTO

Da análise das preliminares aduzidas, verifico que, de fato, o Recorrente confunde algumas preliminares com razões de mérito, especialmente quanto à suposta ilegitimidade passiva nas Infrações 1, 2 e 3, uma vez que a análise da legitimidade passa, necessariamente, pela interpretação da aplicação dos dispositivos legais que subsidiaram os respectivos lançamentos.

Assim, inicialmente, passo a enfrentar, apenas as razões que efetivamente entendo como preliminares, quais sejam: i) a necessidade de reunião de processos administrativos, e; ii) a nulidade da Decisão por suposto cerceamento de direito de defesa.

As demais razões, atinentes à suposta ilegitimidade passiva serão analisadas juntamente com as razões de mérito.

Entendo assistir razão ao julgador de piso, uma vez que resta claro ter o Recorrente, efetivamente, exercido plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual.

Desta feita, *não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos*

existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia.

Nessa esteira, entendo que não cabe acolhimento da preliminar de nulidade suscitada, uma vez que ela se prestaria à realização de uma perícia para a análise de provas que deveriam ter sido trazidas aos autos pelo Recorrente, cabendo a ele extrair dos aludidos documentos ou livros os elementos que entende necessários para elidir as presentes exigências tributárias.

Outrossim, entendo que mesmo que comprovadas as alegações do Recorrente, estas não teriam o condão de elidir o lançamento realizado. Assim, indefiro a preliminar de nulidade suscitada.

Ademais, a reunião de processos, tal qual requerido pelo Recorrente, não tem amparo nas normas que regulam o processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia.

Passo a análise do mérito do Recurso.

No que se refere às Infrações 1 e 2, o Recorrente contesta a sua condição de sujeito passivo na condição de substituto tributário. Alega, para tanto, que os arts. 298 (RICMS/BA/2012), 380 e 382 (RICMS/BA/1997), não estariam em consonância com o que dispõe o Convênio ICMS 25/90, do qual o Estado da Bahia é signatário e assim dispõe:

Cláusula segunda Na Prestação de serviço de transporte de carga por transportador autônomo ou por empresa transportadora de outra unidade da Federação não inscrita no cadastro de contribuintes do Estado de início da prestação, a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido poderá ser atribuída:

(Nova redação dada ao inciso I da cláusula segunda pelo Conv. ICMS 132/10, efeitos a partir de 01.11.10.)

I - ao alienante ou remetente da mercadoria, exceto se microempreendedor individual ou produtor rural.

(Redação original, efeitos até 31.10.10.)

I - ao alienante ou remetente da mercadoria, exceto se produtor rural ou microempresa, quando contribuinte do ICMS;”(negritou-se)

Da análise do referido Convênio, aduz o Recorrente que ele jamais poderia ter sido alçado à condição de sujeito passivo, uma vez que as transportadoras analisadas no presente lançamento possuem inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.

Ora, como muito bem asseverado pelo auditor fiscal em suas informações, bem como dos julgadores de piso, a interpretação adotada pelo Recorrente está absolutamente equivocada. Isto porque, o referido convênio é claro ao estabelecer que a responsabilidade pelo pagamento do imposto **podará** ser atribuída. Trata-se, portanto, de uma faculdade conferida aos Estados signatários.

Entretanto, o Estado da Bahia não exerceu essa faculdade no caso sob análise, razão pela qual restam plenamente aplicáveis os arts. 298 (RICMS/BA/2012), 380 e 382 (RICMS/BA/1997), que são absolutamente claros ao atribuir ao Recorrente a responsabilidade na condição de sujeito passivo, do recolhimento do referido imposto estadual nas respectivas operações objeto do lançamento.

Quanto à suposta cobrança de ICMS em operações de transporte iniciadas em outras unidades da federação, verifico que, igualmente, o Recorrente se equivoca nas suas alegações, isto porque, da análise das planilhas da apuração das respectivas infrações 1 e 2, verifico que todas as operações foram iniciadas no Estado da Bahia.

O Recorrente não observou que o campo 05 do registro 70 do SINTEGRA informa a sigla da unidade da federação do emitente do documento, não guardando qualquer relação com o Estado de origem da respectiva operação.

No que se refere à alegação de que as Infrações 1 e 2 restariam insubsistentes, em razão de que alguns dos transportadores substituídos efetuaram o recolhimento do ICMS devido na operação não elidem o presente lançamento, primeiro porque não foram completamente provados,

segundo porque cabe aos substituídos o direito à restituição do indébito, permanecendo a responsabilidade do Recorrente na condição de substituto tributário.

Quanto ao pedido para afastamento da aplicação da multa caso seja mantida a cobrança do imposto previsto para a infração 1, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF tal providência, conforme o artigo 159, inciso II do RPAF/BA.

Assim, por tudo quanto exposto, restam subsistentes as Infrações 1 e 2.

No que se refere à Infração 3, em sede de preliminar, apesar de entender que se configura como razão de mérito, o Recorrente afirma que:

Do que se extrai da leitura, tanto o antigo, como o atual RICMS-BA ignoram por completo a condição que permite o diferimento do imposto apenas quando existir etapa posterior, pelo que extrapolam o comando legal da Lei nº 7.014/1996.

Não pode haver diferimento no caso ora em discussão, pois a Impugnante adquire refeições para consumo por parte de seus funcionários. Logo, é consumidora final desta mercadoria.

E por ser assim, não havendo ciclo econômico posterior na aquisição de refeições para consumo de seus empregados, não será possível diferir o pagamento do imposto e imputar a Impugnante a obrigação de recolhê-lo.

A rigor, cabe até argumentar que o recorrente sequer é contribuinte do imposto no Estado para este fim.

Ora, mais uma vez se equivoca o Recorrente quando da interpretação da legislação tributária estadual. Peço vênha para reproduzir a análise realizada pelo julgador de piso quanto à referida alegação:

No que tange a arguição de ilegitimidade de parte em relação à infração 3, na medida em que não há a etapa posterior de circulação, estamos tratando, no presente caso, de substituição tributária por deferimento, onde o fato gerador ocorre numa etapa anterior à exigência tributária, diferente da substituição tributária para frente. No presente caso não se está a exigir o imposto devido nas etapas posteriores e sim do imposto cujo fato gerador já ocorreu e se está transferindo a responsabilidade pelo lançamento e pagamento para o adquirente.

A substituição tributária por diferimento pressupõe a ocorrência do fato gerador antecedente onde não há a antecipação do imposto, e a responsabilidade por substituição tributária é atribuída ao adquirente que fornecerá que destinará as refeições ao consumo por parte de seus empregados. Assim, tanto o art. 7º da Lei nº 7014/96 como os demais dispositivos que regem a matéria não tratam ou condicionam a exigência de etapa posterior para atribuir a responsabilidade por substituição tributária, pois a etapa que pressupõe tal responsabilidade é a etapa anterior à entrada no estabelecimento adquirente, ou seja, o fornecimento das refeições.

Entendo, desta feita, que assiste total razão ao julgador de piso, uma vez que o que se está a exigir não é o ICMS da operação subsequente à aquisição das refeições para seus funcionários, até porque esta, evidentemente, não ocorre. Mas sim, o ICMS devido na operação de venda das refeições do fornecedor para o Recorrente.

Ademais, a alegação de erro na aplicação das alíquotas de ICMS em razão de que alguns de seus fornecedores são optantes do SIMPLES NACIONAL, isto porque, a Lei Complementar nº 123/2006 não afasta a incidência do ICMS devido nas operações sujeitas à substituição tributária, como é o caso. Apesar de até entender ser absurda essa restrição normativa, é assim que a legislação esta posta, e em se tratando de regime diferenciado facultativo, cabe ao contribuinte analisar, no caso concreto, se lhe é interessante aderir ou não.

Assim, entendo ser procedente a Infração 3.

Por último, no que atine à Infração 4, alega o Recorrente ter direito de se creditar do ICMS pago à maior ao Estado da Bahia, alegando como fundamento de seu direito o art. 165 do CTN.

Ocorre que, caso o recorrente entenda que houve um pagamento indevido, cabe solicitar restituição conforme no art. 74 e 75 do Decreto nº 7.629/99, mas não há legitimidade nos creditamentos, efetuados através de estornos de débitos concernente a Substituição tributária de frete de transportadoras localizadas no Estado de São Paulo.

O direito à restituição do indébito tributário é garantido ao contribuinte, tanto no CTN como na legislação tributária estadual, mas deverá ser requerido através de procedimento administrativo ou judicial próprio, e não através de ato unilateral do Recorrente.

Desta forma, resta subsistente a Infração 4.

Por último, quanto ao pedido de dispensa de multa em razão da ausência de prejuízo ao erário, não compõe a competência desta CJF a apreciação de pedidos de dispensa de penalidades em razão do descumprimento de obrigação principal, conforme o artigo 159, inciso II do RPAF/BA.

Diante de tudo quanto o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278868.1001/12-6**, lavrado contra **CAMBUCCI S/A. (PENALTY)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.090,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS