

PROCESSO - A. I. Nº 180573.0004/12-8
RECORRENTE - CIBRA FÉRTIL COMPANHIA BRASILEIRA DE FERTILIZANTES
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0285-02/13
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 16/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0120-12/14

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PESSOAS. OPERAÇÕES SUCESSIVAS. O rol de viagens e transportes realizados pela empresa DIGITAXI, a serviço da CIBRAFERTIL, com data, horário, nome do condutor, do passageiro e trajeto, se trata de transportes de táxi, para um grupo seletivo de passageiros, de forma esporádica e não contínua, que não se configura nas hipóteses ensejadoras de cobrança de ICMS sobre serviços de transporte. Modificada a Decisão recorrida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA CONSUMO PRÓPRIO. Excluída a parcela lançada em duplicidade e referente ao cálculo incorreto do imposto. Modificada a Decisão recorrida. 3. 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. Mantida a Decisão recorrida quanto a este item. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/10/2012 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$ 36.517,55, acrescido de penalidade de 60%, em decorrência do cometimento de quatro infrações.

Entretanto, é objeto do Recurso as infrações 1, 2 e 4, a seguir descritas:

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. Total da Infração R\$ 21.282,16 (período de janeiro a março, maio, agosto a novembro de 2008, janeiro, fevereiro, abril, julho, agosto, outubro a dezembro de 2009);

Infração 02. Deixou de recolher 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. Total da Infração: R\$2.633,32, (período de março e novembro de 2008);

Infração 04. Recolheu a menor ICMS referente a comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em função da Receita Bruta. Total da Infração R\$10.957,07 (período de janeiro, março, abril, maio, junho de 2007)

Consta na descrição dos fatos da infração 4:

"Recolheu o 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".

Em seguida, foram apresentadas defesa tempestiva às fls. 135 a 154, contestando a infração, bem como informação fiscal às fls. 282 a 284, ratificando o entendimento da procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 2ª JF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência parcial das exigências fiscais, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

O lançamento constitui-se de quatro infrações arroladas pela fiscalização, das quais a terceira foi reconhecida pelo autuado, 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 desconconsideração 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 coligar 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 o 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 do 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 arguição 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 o autuado, 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 o autuado 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 lançada 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 o autuado 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, 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 autuado 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 autuado, 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 o autuado, 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".

Analizando o inteiro teor do processo mencionado pelo autuado, 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 do autuado, 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).

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 320 a 346), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando os argumentos apresentados na sua defesa inicial, bem como refaz todos os pedidos anteriormente postulados.

Após uma síntese das teses de defesa, lista as razões que entende suficientes para a reforma do acórdão debatido.

Inicialmente, alega que houve prejuízo ao Recorrente com o indeferimento da diligência, pois, ela poria fim a qualquer dúvida sobre a improcedência do Auto de Infração. Estranha a argumentação do julgador de piso que entendeu não ter havido indicação objetiva das operações colocadas em dúvida, mas tão somente, alegado de maneira genérica. Neste ponto, discordando do asseverado no acórdão, afirma que *"foi apontado minuciosamente na defesa apresentada que, não só as provas documentais se prestam ao afastamento das infrações, e, se porventura não fosse este o entendimento, qualquer desconfiância acerca do integral recolhimento dos valores devidos relativos às infrações 01 e 04, bem como à parcela não reconhecida da infração 02, poderia ser sanada por meio da perícia contábil, que certamente teria verificado o efetivo cumprimento das obrigações fiscais relativas à apuração e recolhimento do ICMS no seu exato montante devido"*.

Anota também que a jurisprudência colacionada na Decisão de primeira instância não foi a mais adequada ao caso, sendo por isso, *"inapta para lastrear o indeferimento do pedido de perícia"*. Fala que a realidade de processos trabalhistas em nada se assemelha com as contendas tributárias, motivo pelo qual, sua influência deve ser integralmente afastada.

Assevera que apontou diversas inconsistências matemáticas e que a perícia contábil é o meio apto para esclarecer as dúvidas remanescentes e contraditar a posição da Autoridade Fazendária, alegando que o seu cerceamento configurará claro cerceamento de defesa no processo administrativo, conforme nulidade prevista no art. 18, II do RPAF/BA.

Adiante, passa a argumentar contra a infração 1.

Em primeiro lugar, afirma que ao contrário do que resta consignado na Decisão administrativa de primeira instância, o recorrente nunca reconheceu a procedência de lançamentos relacionados à empresa JSL S/A, CNPJ nº 52.548.435/0026-27 (I.E. 29598881), uma vez que, *"conforme se observa no*

Anexo I do próprio Auto de Infração 180573.0004/12-8, os créditos tributários constituídos dizem respeito APENAS à empresa Cooperativa dos Motoristas Autônomos de Dias D'Ávila e Região Metropolitana de Salvador (DIGITAXI)”.

Sendo assim, alega que “*não existe objeção por parte da Agente Fiscal sobre as obrigações próprias do ICMS correspondentes à empresa JSL S/A, CNPJ nº 52.548.435/0026-27 (I.E. 29598881), do mesmo modo, não existe o que se contestar em sede de impugnação, ou mesmo Recurso voluntário*”, devendo ser descartada a aplicação da regra do artigo 143 do RPAF/99, como fez a JJF em seu julgamento.

Quanto às notas emitidas pela DIGITAXI, afirma que estava plenamente vigente a isenção de ICMS para o transporte intermunicipal de passageiros à época dos fatos geradores, de acordo com do art. 30 do RICMS/97, autorizado pelo Convênio ICMS 37/89, e que fora prorrogado por tempo indeterminado pelo Convênio ICMS 151/94. Nesta senda, afiança que isto é, “*em qualquer um dos diplomas legais [RICMS/97 ou RICMS/12] demonstra a irrefutável isenção quanto ao ICMS de empresas de transporte intermunicipal de passageiros, desde que se esteja a tratar de transporte urbano ou metropolitano, sendo este, precisamente, o caso em tela*”.

Aduz que, “*Apesar do mandamento mais recente introduzir ‘nova letra na lei’*”, há total harmonia com o dispositivo anterior, visto que o serviço de taxi é igualmente um serviço de transporte de passageiros, não havendo nenhuma inovação no sentido do comando legal, mas tão somente um esclarecimento a respeito de que também os taxis são isentos ao transportar pessoas em via urbana, metropolitana e intermunicipal.

Fala que a pessoa jurídica emissora das notas fiscais tem como objeto social “*atividade de serviços de apoio e transporte por taxi, inclusive centrais de chamada e serviços de taxi*” para “*oferecer ao público usuário de transporte em veículos de aluguel (TAXI), um melhor serviço com padrões absolutos de boa qualidade, para que se propõe promover, sem objetivo de lucro*”. Por outro lado, coloca que o transporte de pessoas através de serviços de taxi está devidamente cadastrado junto ao SINTEGRA da SEFAZ BA e a Fiscalização não pode desacreditar a atividade desempenhada, “*sem fornecer no processo os meios de prova suficientes a atestar o desvirtuamento do objetivo social acima referido*”, devendo a Fazenda provar a existência do crédito tributário nos termos do art. 142 do CTN.

Alega que a única hipótese excludente do benefício de isenção, está prevista na combinação dos artigos arts. 380, II e 382 do RICMS/97. Porém, que não há nos autos nenhuma prova de que as notas fiscais que englobam as prestações de serviço de transporte ocorridas no período autuado sejam características de operações sucessivas. Assevera que não se sustenta a passagem do acórdão que diz existir um serviço continuado, onde o transportador, no caso a empresa Digitaxi, mantém um contrato com o autuado.

Fala que esta afirmação não se confirma ao compulsar os autos, inquirindo se “*é possível sustentar a alegação de serviço continuado baseado na suposta existência de um contrato não provado nos autos?*”.

Declara que não existem prestações repetidas ou periódicas como propalou a JJF, uma vez que, os próprios meses fiscalizados, demonstrariam que os serviços de transporte foram tomados conforme a necessidade, trazida pelas eventualidades da atividade da empresa, em transportar seu pessoal.

Propala que o “*real cenário não se amolda ao pretendido pelo Fisco*” tendo em vista que os “*números estão sendo traduzidos de maneira estanque, sem a ponderação adequada ao tipo de serviço prestado: serviço de táxi, em transporte intermunicipal de passageiros*”. Com este norte, argumenta que o preço do serviço apontado nas notas fiscais foi apenas compilado para abranger as prestações ocorridas em cada mês e o valor, aparentemente alto, deve ser pensado com base na tabela da categoria, com base em um deslocamento entre cidades da região metropolitana de Salvador, “*conhecida pelo tráfego intenso e congestionado, e que, em determinados horários, por vezes, comporta ainda a chamada ‘bandeira dois’*”

Por argumenta que não há nenhuma prova ou indício de que o serviço de taxi seja efetivamente ininterrupto, exclusivo, e por isso, enseje o enquadramento na exceção da regra de isenção prevista no RICMS/97.

Ao final do tópico, fala que deve ser aplicada a isenção trazida pelo art. 30 do RICMS/97.

Adentra ao mérito da infração 02.

Diz que no julgamento de piso houve a subtração de R\$ 609,27 correspondente ao reconhecimento do lançamento de um dos períodos em duplicidade, “ainda está em aberto a quantia de R\$ 1.943,05”. Entretanto, aponta que houve o pagamento realizado pelo Recorrente no valor de R\$ 1.498,24 “aos fatos geradores indicados nas linhas 11 a 56, do mês de Março de 2008, e linha 102, do mês de Novembro de 2009, que estão detalhadas na planilha do DOC. 04 DA IMPUGNAÇÃO”.

Assim, diz que resta tão somente o valor de R\$ 444,81 para esta infração “que decorre da diminuição do valor total trazido pela infração 02 com os valores já pagos antes do protocolo da Impugnação, e com o valor lançado em duplicidade, que já foi devidamente excluído pelo acórdão”.

Por outro prisma, passa a falar que o lançamento foi realizado de maneira equivocada, já que é possível perceber que foram contabilizados valores sem respaldo da lei de regência do ICMS. Argumenta que a sua linha de defesa está subdividida em duas frentes: “(i) inexistência de diferencial de alíquota pendente de pagamento / tributo corretamente pago na ocasião do fato gerador (ii) cerceamento do direito de defesa à vista da ausência de identificação do fornecedor emissor das notas fiscais”

Em seguida, passa a alegar que março de 2008, as Notas Fiscais indicadas nas linhas 11 a 56 do DOC. 04 DA IMPUGNAÇÃO, “foram pagas ao Fisco Estadual através de DAE, juntamente com multa e acréscimos moratórios”. Coloca que em relação às Notas Fiscais indicadas às linhas 57 a 86 do mesmo DOC. 04, o recorrente restou “impossibilitada 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”.

Argumenta que a JJF aduziu em seu julgamento que “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”. Diante desse fato, pergunta como foi possível os Julgadores de piso chegar a tal conclusão? Pondera que, como a Cibrafertil é uma empresa de grande porte e comercializa produtos agrícolas que não podem ser manuseados ou transportados sem os devidos cuidados e conhecimentos profissionais, o uso de transportadores autônomos é incompatível com a complexidade requerida para o escoamento de carga tóxica.

Ademais, questiona o porquê da Autoridade Fiscal não indicar o CPF do autônomo supostamente contratado, visando facilitar a identificação do fornecedor pelo Contribuinte, pois, é dever da autoridade lançadora “indicar todos os dados necessários para a perfeita identificação da conduta considerada ilícita pelo contribuinte”. Mesmo assim, diz que procedeu a um minucioso levantamento a partir dos dados trazidos pela presente infração e já pagou todo o montante que verificou ser efetivamente devido, ressaltando que não houve qualquer medida protelatória ao pagamento, mas “incerteza sobre a dívida remanescente neste período de março de 2008”.

Assevera novamente que dificuldade em apresentar defesa, uma vez que, algumas notas fiscais (linhas 57 a 86) “possuem numeração desconhecida, não havendo tampouco identificação do fornecedor emitente, culminando na impossível prova do seu recolhimento, tanto cotejando os dados constantes do anexo do AI, quanto por meio dos livros de registro da empresa”.

Assim, pede que o lançamento relativo ao mês de março deve ser integralmente zerado.

Passa a discutir a ocorrência de novembro de 2009. Diz que o Fisco apurou como valor devido pelo recorrente o total de R\$ 9.790,69, sendo que destes, R\$ 8.987,65 tiveram o recolhimento

reconhecido. Abatido, portanto, do valor integral a quantia tida como incontroversa, foi lançado a título de diferencial de alíquota o montante de R\$ 803,04.

Aduz que alguns valores foram indevidamente computados nesta ocorrência:

- O valor da Nota Fiscal nº 119.593 trazido em duplicidade e reconhecida pela JJF;
- O valor de ICMS da Nota Fiscal nº 246 que já foi pago antes mesmo da impugnação, mas após a lavratura do Auto, fato desconsiderado pela JJF;
- O valor do ICMS da Nota Fiscal nº 680 que foi informado na quantia de R\$ 155,48, mas que na planilha da fiscalização (fls. 214) consta o valor recolhido incontroverso de R\$ 211,74;
- O valor cobrado de ICMS na Nota Fiscal nº 813.873 de R\$ 18,46, cuja base de cálculo é de R\$ 108,57, consubstanciando na cobrança indevida com aplicação da alíquota interna (17%) cheia, é não o valor correto de R\$ 10,86, reconhecido como pago na planilha de fls. 214 da própria fiscalização, com a alíquota de 10%.

Alega que com essas observações, a diminuição do valor considerado como devido resultará em um valor recolhido a maior do que o apontado às fls. 214, conforme quadro que colaciona ao texto de sua petição.

TOTAL Considerado Devido	9.790,69
Duplicidade NF 119.593	690,27
Pagamento anterior ao lançamento NF 119.593	690,27
Pagamento posterior ao lançamento DOC. 05 da Impugnação NF 246	204,8
Pagamento a maior (crédito de R\$ 56,26) NF 680	155,48
TOTAL após abatimentos	8.049,87

TOTAL DO VALOR RECOLHIDO (INCONTROVERSO) PLANILHA FLS. 214	R\$ 8.987,65
---	---------------------

Afiança que o total geral da infração 2 nunca poderia equivaler a R\$ 2.633,32, pelo simples fato de que a soma correta dos valores devidos pelo recorrente em março de 2009 não corresponde a R\$ 9.790,69 como pretendido, mas sim R\$ 8.049,87, como bem justificado e provado

Do mesmo modo, alega que a operação “*inscrita na linha 138 do DOC 04 DA IMPUGNAÇÃO, que se encontra na mesma circunstância daquelas outras de março de 2008*”, pois o recorrente continua sem ter como se defender, devido a ausência de identificação do fornecedor e não localização da NF correlata, tornado nulo essa parte do lançamento.

PLANILHA EXPLICATIVA - DOC. 04 DA IMPUGNAÇÃO	
MARÇO DE 2008	MOTIVO DO AFASTAMENTO
Linhas 11 a 56	Pagamento posterior ao lançamento, mas antes da Impugnação. DAE ANEXO AO DOC. 05 DA IMPUGNAÇÃO
Linhas 57 a 86	Nulidade por cerceamento do direito de defesa (ausência de identificação do fornecedor e não localização da NF correlata)
NOVEMBRO DE 2009	MOTIVO DO AFASTAMENTO
Linhas 92 e 93	Duplicidade de lançamento e pagamento antes do lançamento
Linha 102	Pagamento posterior ao lançamento, mas antes da Impugnação. DAE ANEXO AO DOC. 05 DA IMPUGNAÇÃO
Linhas 94 a 101, 103 a 137	Pagamento antes do lançamento
Linhas 138	Nulidade por cerceamento do direito de defesa (ausência de identificação do fornecedor e não localização da NF correlata)

Ao final, cala pela oportunidade de se realizar perícia contábil em relação ao lançamento.

No que tange a infração 4, afirma, com base nas informações trazidas pela própria JJF em seu julgamento, que apesar da GranSapora citar no corpo das notas fiscais a observação “*Receita Bruta, artigo 504, Decreto 6.284/1997, Regime Especial Processo 57427520030*”, o referido

processo em verdade apenas deferiu o pedido de extensão do tratamento tributário dispensado ao estabelecimento matriz situado em São Paulo, que consiste na unificação da inscrição estadual, com a consequente centralização da escrituração contábil.

Diz que o erro que se abateu sobre o ora recorrente, culminando na presente infração, jamais poderia, ou poderá, ser a ela imputado, vez que a informação sobre o recolhimento pela previsão do art. 504 do RICMS/97 constava expressamente em todas as notas fiscais que lhe foram entregues pela contratada, sendo de responsabilidade exclusiva desta última.

Tampouco havia um mínimo indício que apontasse ser falsa a afirmação, que estava revestida dos requisitos legais, tendo as referidas notas fiscais sido escrituradas de acordo com as exigências contábeis. Admite que somente a partir da transcrição do inteiro teor do processo administrativo citado nas NFs, no acórdão, verificou-se *“o infeliz engano causado por pela informação posteriormente revelada inverídica, que induziria não só o recorrente, mas qualquer outra empresa de boa-fé em sua posição, a acreditar que estava diante de contribuinte com regime de apuração em função da receita bruta”*. Nesta toada, afirma que não foi o recorrente que descumpriu qualquer obrigação legal, não podendo, portanto ser penalizada por conduta que não praticou.

Menciona que no regulamento do ICMS Bahia vigente à época dos fatos geradores, não há nenhuma obrigação para que o substituto tributário acessasse o sítio eletrônico da Secretaria da Receita Estadual para conferir a opção de recolhimento de suas contratadas.

Cita lição do professor Eurico Marcos Diniz de Santi sobre o tema da delegação do ônus de fiscalização, como também jurisprudência do STJ sobre a possibilidade de aproveitamento de créditos relativo a notas fiscais fraudulentas, por terceiro de boa-fé.

Com esses argumentos, pede a improcedência da infração 4 e o afastamento da multa imposta.

Em seguida, abre tópico sobre a necessidade de revisão das penalidades erroneamente aplicadas.

Destaca a necessidade do afastamento da multa, uma vez que a infração 01 sequer existiu, a infração 4, pelos ditames da boa-fé, também inexistiu e a parcela não reconhecida da infração 2, foi apontado erro ao listar notas fiscais cuja própria existência não pôde ser verificada, o que resultou em cálculos que não fecham dentro da própria infração, além de ter desconsiderado diversos pagamentos realizados pelo recorrente, algumas vezes até em quantia maior do que a exigida.

Neste sentido, pede pela redução ou afastamento das multas com se no artigo 159, §1º, II do RPAF.

Ao final de seu arrazoado, pede a improcedência das infrações 1 e 4, e o reconhecimento da inexistência de valor em aberto na infração 2 devido ao pagamento integral do ICMS reconhecido, concomitantemente com o reconhecimento da nulidade por cerceamento do direito de defesa pela não identificação do fornecedor em diversas notas fiscais.

Sucessivamente, clama pela realização de perícia contábil e, subsidiariamente a aplicação do art. 159, do RPAF para minorar ou reduzir as multas aplicadas.

Por fim, pede pela intimação pessoal no endereço da impugnação.

Não houve manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Temos sob análise Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJF que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em epígrafe. Vejo que o Recurso somente visa a reforma das infrações 1, 2 e 4, pois já houve o reconhecimento e recolhimento referente à infração 3.

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência solicitada, pois, considero presentes elementos suficientes para meu convencimento e julgamento do presente PAF.

Nas questões preliminares, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do

RPAF/99 foram preenchidos. Compulsando os autos, percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Preliminares não acolhidas.

Passo ao exame do mérito.

Na infração 1, o cerne da autuação é o lançamento de ICMS sobre serviços de transportes interestadual e intermunicipal considerados sucessivos e regulares. A empresa argumenta, desde sua defesa, que tais serviços prestados pela DIGITAXI são isentos de ICMS, pois são esporádicos e se referem a transporte intermunicipal de passageiros por meio de táxi, dentro do perímetro urbano ou metropolitano de Salvador.

Da análise dos elementos trazidos aos fólios processuais, em especial os documentos trazidos na última manifestação do recorrente, tais quais: i) o contrato de prestação de serviços de transporte intermunicipal por ônibus, entabulado entre a Caraíba Metais (empresa do mesmo grupo da Cibrafertil) e a Transporte Júlio Simões, e ii) o rol de viagens e transportes realizados pela DIGITAXI, a serviço da CIBRAFERTIL, com data, horário, nome do condutor, do passageiro e trajeto, vejo que se trata de transportes de táxi, para um grupo seletivo de passageiros, de forma esporádica e não contínua, que não se configura nas hipóteses ensejadoras de cobrança de ICMS sobre serviços de transporte.

Vejo que, o serviço sujeito ao ICMS, realizado por outra empresa à CIBRAFERTIL, está entabulado no mencionado contrato de prestação de serviços de transporte e é realizado por meio de ônibus. Embora o contrato tenha sido firmado pela Caraíba, está expresso no Anexo II que o serviço também será prestado para transporte dos funcionários da Cibrafertil.

Assim entendo que as operações da DIGITAXI, da maneira como foram realizadas com o Recorre no presente caso, eram isentas, conforme o art. 30 do RICMS/97, vigente à época dos fatos.

Neste diapasão, entendo que a infração 1 é insubsistente.

No que tange à infração 2, lançada para cobrar ICMS devido quanto ao diferencial de alíquotas sobre mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, vejo que todas as súplicas recursais já foram devidamente analisadas quando da instrução em primeira instância e no julgamento de piso, com exceção de dois casos: i) a Nota Fiscal nº 813.873 (fl. 29) que, realmente, teve a aplicação da alíquota de 17%, ao invés do diferencial de 10%, como seria correto, devendo ser abatido o valor de R\$7,60 (R\$ 18,46-10,86) do valor julgado, referente à ocorrência de novembro de 2009 e, ii) a Nota Fiscal nº 119.593, que além de ser lançada em duplicidade, teve o pagamento do imposto referente ao diferencial de alíquota no valor de R\$ 690,27, efetuado em momento anterior ao lançamento, devendo, então, ser expurgado do presente item da autuação.

Por seu turno, não vejo qualquer prejuízo ao defendente quanto à falta de indicação do CNPJ do emissor da Nota Fiscal em certas operações de transporte, como alega o Recorrente, uma vez que, pelos demais dados elencados nos documentos fiscais jungidos ao PAF, fls. 186 e seguintes, restam identificados o dia, a natureza e a operação realizada pela empresa. Assim, com base nessas informações, entendo que foi preservado o amplo direito de defesa do Contribuinte.

Assim, a infração 2, fica parcialmente mantida, agora no valor de R\$ 1.245,18.

Quanto à infração 4, lançada para cobrar falta de recolhimento do ICMS, em razão da condição do autuado de responsável pelo imposto diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários.

O Contribuinte alegou que a infração era insubsistente sob a assertiva de que o fornecedor recolhia o ICMS com base no regime de apuração de ICMS em função da receita bruta, conforme observações presentes nas notas fiscais que anexou.

Entendo que o argumento defensivo não deva ser acolhido, pois, caberia ao Recorrente, segundo

às normas vigentes, a responsabilidade do recolhimento do imposto sobre o fornecimento de refeições, mesmo com a tributação do ICMS pelo regime de receita bruta do fornecedor.

Em conformidade com o que dispunha o art. 343, inciso XVIII do RICMS-BA, o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições a estabelecimento de contribuinte, destinados ao consumo por parte de seus empregados, fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento adquirente.

Por seu turno, o art. 348 do então vigente RICMS estabelecia que o contribuinte que adquirir as refeições efetuará o recolhimento do imposto lançado pelo fornecedor, na condição de responsável solidário, conforme abaixo se vê:

Art. 348. O contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer qualquer das situações previstas no artigo anterior efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, inclusive o correspondente às operações anteriores, na condição de responsável por substituição.

Assim, resta afastada a afirmação defensiva de que a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS era tão somente do fornecedor.

Noutro giro, apesar das alegações de que o fornecedor seria optante pela apuração com base na receita bruta, não consta nos cadastros da SEFAZ que esse contribuinte apurava o imposto dessa forma e assim, vejo que o fornecedor das refeições, ao contrário do quanto sustentado na defesa, não recolheu o ICMS relativo às operações de venda para o autuado, exigidos por intermédio desta infração.

Assim, considero a infração 4 subsistente, consoante o julgamento de *primeiro grau*.

Pelo todo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar insubsistente a infração 1, reduzir a infração 2 e manter a infração 4, julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo Contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.537,52**, acrescido da multa de 60%, prevista art. 42, II, alíneas "a", "e" e "f", na Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS