

A. I. Nº - 278868.2001/13-8
AUTUADO - IBQ INDÚSTRIAS QUÍMICAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARCELO PONTES
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 26/03/2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0004-06/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infrações não contestadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. b) MATERIAL DESTINADO AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infrações não contestadas. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. A antecipação parcial do ICMS devido não foi recolhida, porém restou comprovado que o imposto foi recolhido normalmente quando da operação de saída subsequente. Nessa situação, é cabível a aplicação da multa prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, conforme o disposto no §1º desse citado artigo. Infração procedente. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Caracterizada a condição de sujeito passivo por substituição do autuado, bem como o descumprimento da aludida obrigação tributária. Infração subsistente. Não acolhido o pedido de redução de multa. Inferida a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão não unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/06/2013, exige ICMS, além de multa por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, no valor total de R\$918.718,47, tendo em vista a constatação das seguintes irregularidades.

INFRAÇÃO 1 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, junho, novembro e dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012. Foi aplicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor total de R\$ 2.290,26, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.

INFRAÇÃO 2 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2011, março,

maio a setembro novembro e dezembro de 2012. Foi aplicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor total de R\$ 10.846,43, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.

INFRAÇÃO 3 – Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, no mês de outubro de 2012. Foi lançado imposto no valor de R\$ 7.751,52, mais multa de 100%.

INFRAÇÃO 4 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de maio a dezembro de 2011, outubro e novembro de 2012. Foi lançado imposto no valor de R\$ 23.210,33, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 – Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de setembro e dezembro de 2011. Foi lançado imposto no valor de R\$ 252,04, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 – *“Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”*. Fato ocorrido no período de junho de 2011 a dezembro de 2012. Foi indicada multa no valor total de R\$ 535.311,94, equivalente a 60% do ICMS devido por antecipação parcial que deixou de ser recolhido.

INFRAÇÃO 7 – Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de agosto a dezembro de 2012. Foi lançado imposto no valor de R\$ 339.055,95, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 123 a 145) e, inicialmente, reconhece a procedência das infrações 1, 2, 3, 4 e 5 e informação que efetuou o pagamento do crédito tributário correspondente.

Impugna a infração 6 sob o argumento de que não incide ICMS na simples transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte.

Após transcrever a infração que lhe foi imputada, o disposto nos artigos 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e 125, II, do RICMS-BA/97, ressalta que as operações relacionadas na autuação, como se pode inferir das notas fiscais anexadas às fls. 190 a 539, tratam de transferências de produtos (explosivos, detonadores, etc.) do seu estabelecimento matriz, localizado no Estado do Paraná, para a sua filial situada no Município de Itagiba-BA. Diz que, assim, não há o que se falar em aquisição para revenda, mas sim de transferência de estoque entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte. Frisa que, como não se está falando de aquisição para posterior revenda, conforme previsto no artigo 125, II, “f”, do RICMS-BA/97, o que ensejaria o recolhimento antecipado de ICMS, inexistente o dever de antecipação parcial do ICMS.

Menciona que a incidência do ICMS sobre as transferências entre estabelecimentos do mesmo titular não encontra amparo na legislação e nem na sistemática de apuração do ICMS, pois ampliaria a hipótese de incidência estabelecida pela Constituição Federal, fazendo com que o fato gerador do imposto alcançasse a simples movimentação de mercadorias e deslocamentos físicos entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Frisa que o art. 155, II, da Constituição Federal, prevê que o ICMS incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, pressupondo tal circulação a existência de um negócio jurídico que envolva a transferência da posse ou da propriedade. Não havendo tal transferência da posse ou da propriedade, não se configura a hipótese de incidência de ICMS. Reproduz dispositivos da Constituição Federal, da Lei Complementar nº 87/96 e da Lei nº 7.014/96, bem como farta doutrina.

Sustenta que o art. 11, § 3º, II, e art. 12, I, da Lei Complementar nº 87/96, suas reproduções trazidas pela Lei Estadual nº 7.014/96 e o RICMS-BA ampliam, indevidamente, a hipótese de incidência do ICMS estabelecida pela Constituição Federal, fazendo com que o fato gerador do ICMS alcance a simples movimentação de mercadorias e deslocamentos físicos entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, sendo, pois, inconstitucionais.

Aduz que a jurisprudência uníssona aponta para o mesmo sentido, tendo o STJ firmado o entendimento de que o ICMS não é devido nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, tendo, inclusive consolidado tal entendimento por meio da Súmula nº 166. Reproduz jurisprudência do STF, STJ e do TJ-BA.

Acrescenta que a multa aplicada em virtude da ausência de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação parcial não merece prosperar, pois efetuou o recolhimento do imposto devido nas operações de venda dessas mercadorias antes da do vencimento do ICMS devido por antecipação.

Assevera que, quando da entrada das mercadorias em seu estabelecimento, se creditou do ICMS destacado à alíquota de 7% e, ao dar saída às referidas mercadorias, se debitou à alíquota de 17%, recolhendo, assim, o imposto pelo regime normal de apuração, antes mesmo do vencimento do ICMS antecipado. Tece considerações acerca do prazo de recolhimento do ICMS e transcreve dispositivos regulamentares pertinentes. Citando o mês de junho de 2011 como exemplo, diz que o ICMS devido foi recolhido tempestivamente, conforme DAE que anexa aos autos.

Repisa que, tendo sido o imposto recolhido integral e tempestivamente, não existe razão para a exigência da multa, uma vez que deveria incidir os efeitos de denúncia espontânea, prevista no art. 138 do CTN, cujo teor transcreveu. Reproduz doutrina e farta jurisprudência.

Quanto à infração 7, explica que a empresa transportadora Cesari Emp. Multimodal Mov. Mat. Ltda., por questões operacionais próprias, promoveu o recolhimento do ICMS devido nas prestações de serviços de transporte executadas para o autuado, conforme revelam os Documentos Auxiliares do Conhecimento de Transporte Eletrônico (DACTEs) e as Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNREs ("doc. 07" – fls. 641 a 1268). Diz que tais recolhimentos não foram considerados pelo autuante.

Menciona que a referida empresa transportadora é optante do regime de crédito presumido, calculado à razão de 20% do valor devido nas prestações de serviço de transporte, conforme previsto pelo Convênio ICMS 106/96 e no art. 11 do Anexo III do Regulamento de ICMS do Estado de São Paulo e no art. 270, III, §1º, do RICMS-BA/12. Assevera que a transportadora Cesari Emp. Multimodal Mov. Mat. Ltda. procedeu conforme esses dispositivos legais citados acima, apropriando-se do crédito presumido de 20% na própria Guia Nacional de Recolhimento, fato que diz não ter sido observado pela Fiscalização.

Aduz que, ao confrontar a documentação recebida pela transportadora, constatou que os recolhimentos foram realizados com base no valor "frete peso" constante nos DACTEs, quando o correto seria o valor total do frete. Diz que, ao verificar esse equívoco, apurou a diferença conforme se infere da planilha de fls. 1270 a 1274 (doc. 8) e promoveu o correspondente recolhimento (fls. 1276 e 1277 - doc. 9), com os acréscimos legais, juros de mora e a multa.

Sustenta que, diante do recolhimento do ICMS pela transportadora Cesari Emp. Multimodal Mov. Mat. Ltda. e, posteriormente, da diferença constatada pelo autuado, impõe-se a extinção do crédito tributário lançado na infração 7.

Reafirma que as infrações 6 e 7 são improcedentes e, em consequência, as multas também são insubsistentes. Ressalta que, no entanto, a aplicação de multas no patamar de 60% afronta os princípios da vedação de confisco e da proporcionalidade. Discorre acerca da vedação constitucional da utilização de multa com caráter de confisco, cita fartas doutrina e jurisprudência e, em seguida, afirma que as multas indicadas nas infrações em comento são inconstitucionais. Diz que a aplicação de multas tão elevadas acarretaria enriquecimento sem causa por porte do Estado da Bahia, com desproporcional empobrecimento ou exaurimento da

fonte pagadora. Reitera que, portanto, resta comprovada a desproporcionalidade das multas aplicadas, bem como a configuração do seu caráter de confisco, que é vedado pelo inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal.

Ao finalizar, solicita que sejam julgadas extintas ou improcedentes as infrações impugnadas. Diz que, caso as infrações impugnadas seja mantidas, as correspondentes multas sejam reduzidas.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 1280 a 1284, o autuante inicialmente descreve as infrações apuradas e, em seguida, passa a rebater os argumentos defensivos, conforme relatado a seguir.

Quanto à infração 6, diz que o argumento defensivo atinente à incidência do ICMS nas transferências interestaduais não procede, pois a acepção da palavra “aquisição” abarca também as transferências não onerosas. Transcreve dispositivos da Constituição Federal, da Lei nº 7.014/96 e do RICMS-BA e, em seguida, sustenta que a simples circulação de mercadoria, a qualquer título, já configura fato gerador do ICMS, pois o termo “mercadoria” foi utilizado pelo legislador para definir a coisa ou produto suscetível de ser comprado ou vendido. Menciona que a matéria é tão pacífica que já fora inclusive objeto de regulamentação pelo Convênio ICMS 19/91, que dispõe especificamente sobre o tratamento tributário nas operações interestaduais de bens do ativo imobilizado ou de material de uso e consumo.

No que tange ao argumento defensivo de que as mercadorias foram tributadas nas operações de saídas, afirma que esse fato foi contemplado na ação fiscal. Diz que a tipificação é clara quanto a isso quando prevê saída posterior devidamente tributada, até porque aqui está se cobrando apenas a multa pelo descumprimento de previsão legal do recolhimento da antecipação parcial.

Relativamente à infração 7, afirma que no direito posto há norma que regula a operação tratada nesse item do lançamento, excluindo do polo passivo o contribuinte substituído, no caso o prestador do serviço, ficando o tomador do serviço responsável pelo pagamento do tributo, conforme os artigos 380 e 382 do RICMS-BA. Ressalta que, sendo norma cogente, não cabe às partes envolvidas na operação agirem de forma diversa, comprometendo a segurança jurídica do sistema. Menciona que argumento defensivo de que a transportadora recolheu o tributo devido não se sustenta, pois a obrigação tributária prevista na lei não pode ser objeto de ajustes particulares, nos termos do art. 123 do CTN. Frisa que os recolhimentos efetuados pela empresa transportadora são indevidos e, a teor do disposto no art. 165 do CTN, são passíveis de pedidos de restituição do indébito, nos termos do art. 165, II, do CTN.

Ao finalizar, mantém a autuação em sua totalidade.

Na sessão de julgamento, o Julgador Dr. João Vicente Costa Neto suscitou, de ofício, a necessidade da conversão do processo em diligência, para que fosse apurado os valores recolhidos pelo prestador do serviço de transporte de que trata a infração 7.

VOTO

Inicialmente, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência sugerida pelo ilustre Julgador Dr. João Vicente Costa Neto, pois, em relação à infração 7, os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, uma vez que se trata de matéria de direito. Ademais, a diligência sugerida mostra-se inviável, uma vez que a apuração dos valores efetivamente pagos pela empresa transportadora localizada no Estado de São Paulo implicaria refazimento total da infração 7 utilizando um procedimento não previsto na legislação, o que ultrapassaria o escopo de eventual diligência.

Conforme já relatado, o Auto de Infração em epígrafe é composto por sete infrações. Em sua defesa, o autuado reconheceu como procedentes as infrações 1 a 5, tendo inclusive efetuado o pagamento correspondente. Dessa forma, em relação a essas cinco primeiras infrações não há lide e, portanto, esses itens do lançamento são procedentes.

A infração 6 trata de falta de pagamento da antecipação parcial de ICMS. Tendo em vista que a antecipação parcial não foi recolhida, porém o imposto foi pago normalmente na saída das mercadorias, foi aplicada a multa de 60% prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Visando elidir a infração, o autuado afirma que as mercadorias foram recebidas em transferência de sua matriz situada no Estado do Paraná e, portanto, nessa operação não há incidência de ICMS, já que não houve ato de mercancia, conforme doutrina e jurisprudência que reproduz.

Respeitosamente, discordo dessa tese defendida pelo autuado, pois a legislação do ICMS do Estado da Bahia, em conformidade com a LC 87/96, prevê a incidência do referido imposto nas transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa, senão vejamos.

Para fins do ICMS, os diversos estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular são considerados autônomos entre si, conforme o princípio da autonomia dos estabelecimentos, delineado no artigo 11, §3º, II, da LC nº 87/96 – *é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular*. Em perfeita consonância com esse princípio, a LC nº 87/96, no seu art. 12, inc. I, prevê que ocorre o fato gerador do ICMS no momento *da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*.

A Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu art. 12-A, prevê que *nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto*.

Dessa forma, por estar previsto na Lei nº 7.014/96, nas transferências interestaduais de mercadorias, efetuadas entre estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular, há incidência do ICMS e como as mercadorias eram destinadas à comercialização, é devida a antecipação parcial, não cabendo a este órgão julgador administrativo discutir a constitucionalidade desse dispositivo legal, ao teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99.

A questão atinente à existência de ato de mercancia para se considerar ocorrido o fato gerador do ICMS não merece prosperar, uma vez que a incidência do imposto está prevista na Lei nº 7.014/96 e, a teor do disposto no art. 2º, §1º, dessa citada Lei, é irrelevante para a caracterização do fato gerador do ICMS *a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo*. Assim, concluo que o vocábulo “aquisição” foi utilizado na legislação no seu sentido amplo, compreendendo inclusive as operações não onerosas, conforme foi bem ressaltado pelo autuante na informação fiscal.

Quanto à respeitável jurisprudência citada na defesa, reitero que as decisões deste órgão julgador administrativo ficam delimitadas ao previsto na legislação tributária estadual, não lhe cabendo a discussão acerca da constitucionalidade dessa legislação. Ademais, a jurisprudência citada pelo defendente não vincula a presente decisão, ao passo que a Súmula nº 166 aplica-se aos casos de transferências entre estabelecimentos localizados em uma mesma unidade da Federação.

Ressalto que os documentos fiscais acostados ao processo na defesa não deixam dúvida que as mercadorias eram destinadas à comercialização; na defesa, o próprio autuado salienta que as mercadorias foram vendidas com o pagamento do imposto. Dessa forma, a teor do disposto no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, era devido o pagamento da antecipação parcial do ICMS.

O fato de ter o imposto devido sido recolhido nas operações de saídas posteriores, além de não elidir a autuação, foi considerado pelo autuante é parte da própria acusação. Nos termos do §1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, quando *“o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”*. Dessa forma, a multa indicada na autuação se subsume perfeitamente ao disposto nesse citado §1º, não havendo, assim, o que se falar em denúncia espontânea.

Em face ao acima exposto, a infração 6 subsiste integralmente.

A infração 7 trata da falta de retenção e recolhimento de ICMS referente a prestações sucessivas de transporte interestadual de carga, realizadas por empresa transportadora não inscrita neste Estado. O demonstrativo elaborado pelo autuante e os correspondentes Documentos Auxiliares de Transporte Eletrônico comprovam a acusação contida neste item do Auto de Infração.

Visando elidir a infração, o autuado afirma que o imposto foi recolhido, mediante GNRE, pela empresa transportadora. Admite, no entanto, que os recolhimentos foram efetuados a menos em razão de erro na apuração da base de cálculo e, assim, apresentada DAE referente ao recolhimento da diferença que entende devida.

Esses recolhimentos efetuados pela empresa transportadora, como foi bem demonstrado na informação fiscal, não são capazes de elidir a infração em comento, pois nos termos do art. 298, do RICMS-BA/12, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas prestações de serviço de transporte cabia ao tomador do serviço. Não poderia o autuado decidir a seu bel prazer quem deveria efetuar o pagamento do imposto que ora lhe é exigido.

Em relação às prestações relacionadas na infração 7, os recolhimentos efetuados pela empresa transportadora são indevidos e, portanto, são passíveis de pedidos de restituição nos termos dos artigos 165, I, do CTN, e 73 e 74, do RPAF/99. Não há como se considerar como pagos os valores ora exigidos, já que podem ser objetos de pedidos de restituição.

O autuado também afirma que a empresa transportadora efetuava a apuração do imposto utilizando o crédito presumido de 20%.

O disposto no art. 298, IV, do RICMS-BA/12, prevê que na apuração do imposto a ser retido deverá ser levado em conta eventual direito a crédito presumido relativo à prestação do serviço, desde que a empresa transportadora faça jus a tal benefício. No caso em tela, os DACTE não trazem informação acerca da utilização desse suposto crédito fiscal. O autuado, por seu turno, não trouxe aos autos qualquer prova dessa sua alegação. Não há como se acolher a tese defensiva por falta de prova, especialmente quando se observa que essa suposta prova, caso existente, encontra-se em poder de contribuinte localizado em outra unidade da Federação, fora do alcance do Fisco baiano.

Dessa forma, a exigência fiscal fica mantida em sua totalidade. Saliento que a repartição fazendária competente, quando da quitação do débito tributário, deverá aferir a regularidade do recolhimento efetuado pelo autuado conforme os documentos de fls. 1276 e 1277, no montante de R\$ 22.164,80, homologando o valor efetivamente recolhido.

Robustecendo esse entendimento, peço vênias para transcrever trecho do voto proferido pelo Dr. Ildemar José Landin no Acórdão JJF Nº 0157-05/13, que, com muita propriedade, tratou de semelhante matéria:

[...]

Do exposto, entendo que não se pode expor a Fazenda Pública ao risco de repetição do indébito a requerimento daqueles que adimpliram a obrigação sem a capacidade passiva para fazê-lo, apesar de intervenientes na relação econômica do fato gerador da obrigação tributária, visto que, de forma insofismável, estão excluídos da relação obrigacional tributária com o Estado.

Mesmo em eventual negativa da Administração em proceder à restituição sob o argumento de que o imposto pago pelo substituído elidiu auto de infração do responsável substituído, nada impede que o contribuinte busque amparo no Poder Judiciário e tenha acolhida a sua pretensão.

A Administração Pública está constrita a fazer o que a lei autoriza. Assim, não basta que o imposto seja pago, mas que seja recolhido corretamente pela pessoa obrigada a fazê-lo. Aceitar que o tributo seja recolhido em nome de terceiros, que não tem a devida obrigação legal, é uma atitude temerária; significa abrir precedentes que instauram a insegurança jurídica sobre valores que já estão recolhidos aos cofres públicos, submetendo o Estado ao permanente risco de devolução de altas somas financeiras.

Procedendo de forma liberal, afrouxando os ditames legais, e instaurando-se a liberalidade quanto às normas de recolhimento dos impostos, os contribuintes se sentirão à vontade em continuar com tais práticas. O regime de substituição tributária, com exclusão da obrigação do contribuinte substituído, foi criado exatamente com o objetivo de otimizar a arrecadação e a fiscalização das receitas tributárias.

[...]

Em face ao acima exposto, a infração 7 subsiste integralmente, apesar dos recolhimentos indevidamente efetuados pela empresa transportadora.

Por fim, ressalto que o pedido de redução ou de dispensa de multa não pode ser atendido, pois tal matéria ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF, já que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO DIVERGENTE (Infração 7)

Primeiramente quero manifestar meu respeito ao voto do Ilustre Relator, frisando que dele divirjo apenas quanto a não atender ao pleito do sujeito passivo, em relação à infração 7, de compensar os valores de ICMS devido nas operações objeto da autuação já recolhido pela Transportadora, mediante GNRE, quando da ocorrência do fato gerador do imposto, conforme demonstrativo que acosta às fls. 1.270 a 1.274, bem assim os demonstrativos e documentos, organizados por período de ocorrência, às fls. 641 à 1.268 dos autos.

Como bem destaca o sujeito passivo, a empresa transportadora CESARI EMP MULTIMODAL MOV MAT LTDA, estabelecida no Estado de São Paulo, por questões operacionais próprias, quiçá por desconhecimento da legislação tributária do Estado da Bahia, em relação ao que determina os art. 380 e 382 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos, promoveu o recolhimento, por GNREs, do ICMS devido nas operações de prestações de serviços de transportes a IBQ INDUSTRIAS QUIMICAS LTDA, sujeito passivo da presente autuação, na qualidade de substituto tributário, relativo às operações sucessivas de transporte interestadual, nos meses de agosto a dezembro de 2012.

É claro o que dispõe o artigo 380 do RICMS/BA, combinado com o art. 382, do mesmo dispositivo legal, que 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, o tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, no caso específico a IBQ INDÚSTRIAS QUIMICAS LTDA, em relação as prestações sucessivas de serviços de transporte. Pois bem, sobre essa responsabilidade o sujeito passivo não se insurge. Seu inconformismo é em relação ao fato do Fiscal Autuante, no lançamento do débito fiscal, não ter considerados os valores já pagos de ICMS devidos nas prestações de serviços de transportes, objeto da autuação, conforme revelam os Documentos Auxiliares do Conhecimento de Transporte Eletrônico (DACTEs) e as Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNREs), que acosta às fls. 641 a 1.268, constantes do demonstrativo às fls. 1.270 a 1.274 dos autos

Sobre o voto do Ilustre Relator cabe destacar a observação de que o defendente admite que os recolhimentos efetuados por GNREs pela CESARI EMP MULTIMODAL MOV MAT LTDA, quando da ocorrência do fato gerador do débito fiscal constituído, incorreram em erros e que por isso apresentou DAE referente ao recolhimento da diferença que entende ser devida para operações em comento. Ainda, no voto do Ilustre Relator, vê-se o destaque de que o sujeito passivo afirma que a empresa transportadora a CESARI EMP MULTIMODAL MOV MAT LTDA, recolhe seus impostos usufruindo o benefício fiscal do crédito presumido de 20%.

Em relação a essa última assertiva, observa o Ilustre Relator que o Regulamento do ICMS da Bahia, prevê que na apuração do imposto a ser retido deverá ser levado em conta eventual direito a crédito presumido relativo à prestação do serviço, desde que a empresa faça jus a tal benefício. No caso em tela, diz que os DACTEs não trazem informação acerca da utilização desse suposto crédito fiscal, nem tampouco o sujeito passivo trouxe aos autos qualquer prova dessa sua alegação. Em sendo assim, assevera de que não há como se acolher a tese defensiva sobre o

direito ao benefício do crédito presumido de 20% nas operações objeto da autuação, o que também coaduna com tal posicionamento.

Isto posto, consigno diferentemente do entendimento do Ilustre Relator, bem assim, da Ilustre Auditora Julgadora a Teresa Cristina Dias Carvalho, especificamente em não considerar os valores já pago do débito fiscal lançado na infração 7. Há de se observar que, se assim não o fizera, estaria indo de encontro a um dos princípios basilares do Processo Administrativo Fiscal – o da verdade material - pois é inequívoca a demonstração acostada aos autos, em prova produzida pelo sujeito passivo, de que parte do débito apurado já se encontra recolhido aos cofres públicos do Estado da Bahia.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278868.2001/13-8**, lavrado contra **IBQ INDÚSTRIA QUÍMICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$370.269,84**, acrescido das multas de 100% sobre R\$7.751,52 e 60% sobre R\$362.518,32, previstas no art. 42, incisos III e II, alíneas “e” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$13.136,69**, prevista nos incisos XI e IX, da multa percentual de 60% no valor de **R\$535.511,94**, prevista no inciso II, “d”, ambas do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE
(Infração 7)

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA