

A. I. N° - 278868.1002/12-2
AUTUADO - CAMBUCI S/A
AUTUANTE - JOSÉ MARCELO PONTES
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 05/05/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0079-03/15

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO SUCESSIVA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. a) FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. b) IMPOSTO RETIDO A MENOS. A legislação tributária aplicável, nos casos de prestações sucessivas de serviço de transporte, atribui ao tomador dos serviços a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto devido, ficando expressamente excluída a responsabilidade do contribuinte substituído. Refeitos os cálculos mediante revisão efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O lançamento e recolhimento do imposto encontravam-se diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Infração comprovada, conforme Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/2013, refere-se à exigência de R\$1.068.246,54 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 07.14.03: Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de janeiro de 2011 a março de 2012. Valor do débito: R\$926.983,78.

Consta na descrição dos fatos que a apuração dos valores exigidos encontra-se nas planilhas em mídia magnética (CD), cujo demonstrativo também é apresentado impresso em papel. Fonte dos dados: arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) do contribuinte.

Infração 02 – 07.14.02: Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de junho a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$120.111,82.

Infração 03 – 02.04.03: Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários do autuado, nos meses de janeiro, março, julho a dezembro de 2011; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$5.390,99.

Infração 04 – 01.06.01: Estorno de débito de ICMS efetuado em desacordo com a legislação deste imposto, no mês de setembro de 2012. Valor do débito: R\$15.759,95.

O autuado, por meio de advogados, apresentou impugnação às fls. 53 a 73 do PAF. Informa que é pessoa jurídica de direito privado, nacionalmente conhecida sob o nome fantasia “Penalty”, tendo como objetivo social a industrialização, comercialização, importação, exportação e representação de artigos esportivos e produtos em geral destinados à prática de esportes e atividades recreativas.

Diz que sofreu outras autuações contendo as mesmas infrações apontadas, somente em relação a períodos e filiais diferentes. Trata-se dos Autos de Infração de números 278868.0001/12-2, 278868.0002/12-9, 278868.4001/12-7, 089599.0002/11-7, 927886.8401/12-7, 278868.1001/12-6. Entende que, por haver identidade de partes e fundamentos, é imprescindível a reunião dos processos para que não sejam proferidas decisões discrepantes. Sendo ultrapassadas as preliminares será necessário realizar perícia técnica, cujo objetivo de verificação será o mesmo para todos os casos.

Quanto às infrações 01 e 02, o defendente alega ilegitimidade passiva, dizendo que as normas que atribuem sujeição passiva ao tomador do serviço de transporte violam frontalmente o Convênio ICMS nº 25, de 18/09/1990, ao qual aderiram todos os Estados, cuja ratificação nacional ocorreu por meio do Ato COTEPE/ICMS nº 02/90. Transcreve os arts. 380 e 382 do RICMS/97; o art. 34, III da Lei 7.014/96; o art. 298, I e II do RICMS/2012 e a Cláusula segunda do Convênio ICMS 25/90.

Diz que o Estado da Bahia aderiu ao mencionado Convênio, estabelecendo que no caso de transporte de carga interestadual, a responsabilidade pelo pagamento do imposto apenas poderá ser atribuída ao remetente quando o transportador não possuir inscrição no Estado. Informa que de acordo com os arquivos que integram o Auto de Infração e que se encontram gravados em mídia anexa ao PAF, todas as operações de transporte que deram origem à autuação foram efetivadas por transportador que possui inscrição no Estado da Bahia. O número de cada uma dessas inscrições, data da operação e respectivo Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC consta do aludido relatório e deveria ter sido verificado pelo autuante.

Também informa que junta ao presente processo cópia dos extratos do Sintegra para comprovar que todas as empresas que prestaram serviços de transporte para o defendente possuem inscrição no Estado da Bahia. Afirma estar evidenciado que a exigência fiscal é totalmente descabida, considerando a previsão constante no Convênio 25/90. Entende que a cobrança e respectiva penalidade relativas às infrações 01 e 02 devem ser afastadas.

Quanto à Infração 03, o defendente alega que também deve ser afastada a cobrança do ICMS diferido relativo à aquisição de refeições para consumo de seus empregados. Apresenta o entendimento de que, embora tenha realizado fato gerador que, no caso, se perfaz pela saída de mercadoria, não se vê obrigado ao recolhimento do imposto, porque desonerado de tal encargo por força normativa, repassando para a etapa seguinte. Diz que o adquirente fará o recolhimento do tributo somente quando der saída ao produto por ele adquirido e este tratamento tributário somente se aplica quando a mercadoria comercializada continuar a participar do ciclo mercantil.

Salienta que o diferimento não é um benefício, mas apenas uma transferência de pagamento para uma etapa posterior da circulação da mercadoria. Transcreve os arts. 7º da Lei 7.014/96 e 343 do RICMS-BA/97, e acrescenta que o atual Regulamento, no art. 286, inciso VII possui idêntica redação, balizando a autuação do período de abril a dezembro de 2012.

O defendente entende que a legislação prevê o diferimento do imposto apenas quando existir etapa posterior, e não pode haver diferimento no caso ora em discussão, porque o defendente adquire refeições para consumo por parte de seus empregados. Logo, é consumidor final desta mercadoria. Entende que não havendo ciclo econômico posterior na aquisição de refeições para consumo de seus empregados, não será possível diferir o pagamento do imposto e imputar ao impugnante a obrigação de recolhê-lo.

Também alega que sequer é contribuinte do ICMS para este fim, tomando como parâmetro o art. 5º da Lei 7.014/96, que transcreveu. Diz que é consumidor final, não contribuinte do imposto para este fim, por isso, a exigência relativa à infração 03 também deverá ser afastada.

Em relação ao mérito, ainda quanto aos itens 01 e 02, o defendente reafirma a sua alegação de que, em observância ao Convênio 25/90, o ICMS devido pela prestação de serviço de transporte interestadual foi devidamente recolhido pelas transportadoras que contratou.

Salienta que a planilha elaborada pela fiscalização contém aproximadamente 130.000 números de Conhecimento de Transporte, sendo possível verificar todos os dados que foram utilizados pela fiscalização, em especial o número do CTCR, CNPJ/MF, Inscrição Estadual e valor da operação firmada com a respectiva transportadora.

Cita como exemplo a Transportadora Expresso JFW Transportes Ltda., com Inscrição Estadual nº 077.883.182. Afirma que o CTCR anexado demonstra que tal empresa destacou e pagou o ICMS devido na operação de transporte. Diz que os registros de saída, de apuração e DAEs das transportadoras podem ser requisitados pelo Fisco.

O defendente também alega que foi exigido ICMS que sequer é devido ao Estado da Bahia, porque os serviços de transporte foram contratados entre outras unidades da Federação. Diz que remeteu suas mercadorias do Estado da Bahia para outro Estado da Federação (operação 1) e, em momento posterior, contratou novo serviço de transporte naquele Estado, com outra transportadora (operação nº 2), para entregar as mercadorias no local desejado.

Informa que na operação entre a Bahia e outro estado o valor do ICMS foi destacado e pago pela transportadora e, após a mercadoria ter sido entregue no segundo Estado, ocorreu redespacho e outra empresa foi contratada para entregar a mercadoria ao destinatário final. Entende que na operação iniciada em outro Estado, de fato não ocorreu o pagamento do ICMS ao Estado da Bahia, porque o imposto é devido ao outro ente da Federação.

Diz que as informações foram apresentadas ao Fiscal e também constam no SINTEGRA do impugnante, e o fato de não se observar que o Estado da Bahia não tem competência para exigir o ICMS sobre serviço de transporte contratado em outro Estado fere o comando legal da Lei Complementar 87/96. Transcreve o art. 11 da mencionada lei e conclui que deve ser afastada a exigência do ICMS sobre os serviços de transporte contratados em outro Estado da Federação.

Quanto à última infração, que diz respeito ao creditamento indevido de ICMS, o defendente alega que os valores do imposto pago quando da contratação de empresas que possuem inscrição neste Estado ou na contratação de serviços de transporte fora deste estado, não estão sujeitos à tributação. Por isso, surge para o contribuinte a possibilidade de reaver os valores que foram pagos a mais, nos termos do art. 165 do Código Tributário Nacional – CTN.

Informa que reconhece o instituto da substituição tributária. Entretanto, pontua que este instituto não visa o recolhimento em duplicidade, em decorrência de um mesmo fato gerador. Ou seja, um recolhimento pelo suposto substituto, e outro, pelo substituído, caracterizando verdadeiro “*bis in idem*”.

No caso de a autuação ser integralmente mantida, o que o defendente admite apenas por eventualidade, entende que a multa aplicada deverá integralmente ser afastada, conforme permite o art. 159 do RPAF/BA, que transcreveu.

O defendente afirma que agiu com boa fé, o imposto decorrente das operações de transporte interestadual foi totalmente recolhido pelas transportadoras contratadas, e por conta da existência do Convênio nº 25/90, entendeu que a estas empresas caberia recolher o tributo, porque estavam e ainda estão devidamente inscritas no Estado.

Na hipótese de não ser acolhida a preliminar de nulidade contida no item 03 da autuação, o defendente entende que se deve reconhecer que o autuante se equivocou ao aplicar a alíquota de 17% para cobrança do ICMS indistintamente a todas as aquisições de refeições pelo impugnante,

Diz que o autuante deixou de observar que em relação à maioria dos fornecedores de refeições é composta por micro e pequenas empresas, e por isso, não se aplica a alíquota integral do ICMS.

Reproduz o art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 e diz que o autuante desconsiderou a situação individual de cada uma das empresas, aplicando a alíquota de 17% sobre o valor da nota fiscal. Afirma que devem prevalecer as alíquotas de ICMS previstas na LC 123/2006. Diz que ainda que se aceite a hipótese de diferimento do pagamento do imposto nestas operações, este fato não obriga do impugnante a pagar o ICMS com a alíquota aplicável às empresas de grande porte, ou seja, 17%.

Apresenta o entendimento de que é preciso que se analise em relação a cada uma das empresas fornecedoras de refeição, qual a situação e respectiva alíquota aplicável. Diz que o autuante deixou de analisar mais de 130.000 documentos que comprovam o quanto está sendo defendido na impugnação.

Também entende que essa prova deverá ser produzida por meio de perícia a ser realizada nos registros das transportadoras que prestam serviço ao impugnante e nos demais documentos que estão à disposição da fiscalização, de modo a se comprovar que não houve falta de recolhimento do ICMS. Do mesmo modo, deverá ser verificada a alíquota do imposto aplicável às empresas que venderam ao defendente.

Comenta sobre os princípios da verdade material e ampla defesa, citando o art. 2º do RPAF/BA e diz que é imprescindível a produção de prova pericial, sob pena de se ferir o princípio da verdade material e da ampla defesa. Transcreve os arts. 145 e 147 do referido Regulamento, e afirma que sem a perícia requerida, os valores do ICMS pagos pelas transportadoras em observância ao Convênio nº 25/90 não poderão ser apurados, ficando o defendente obrigado a pagar novamente estas quantias.

Diz que a perícia também é imprescindível porque é processualmente impossível a juntada de mais de 130.000 cópias de documentos e demais registros que demonstram o pagamento do imposto. Apresenta os quesitos para a referida perícia e pede que tão logo seja deferido o pedido, o impugnante seja intimado para disponibilizar os documentos a serem analisados.

Por fim, reitera o pedido para reunir todos os Autos de Infração lavrados; que sejam acatadas as preliminares de nulidade e, caso os argumentos sejam ultrapassados, no mérito, requer a improcedência da autuação. Na eventualidade de ser mantida, requer que a multa seja afastada, afirmando que não ocorreu má-fé.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 399 a 409 dos autos. Após reproduzir os itens do Auto de Infração, contesta a alegação de ilegitimidade passiva quanto aos itens 01 e 02 da autuação; transcreve os arts. 380, 382 do RICMS/97, art. 34 da Lei 7.014/96, art. 298 do RICMS/2012 e Cláusula Segunda do Convênio ICMS 25/90. Diz que os dispositivos legais mencionados transferem para o tomador do serviço de transporte a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às prestações sucessivas por ele recebidas, independentemente da prestadora de serviço ter inscrição ou não, no estado da Bahia. Informa que o Convênio 25/90 determina que no caso de transporte de carga interestadual a responsabilidade pelo pagamento do imposto apenas poderá ser atribuída ao remetente quando o transportador não possuir inscrição no Estado. Salienta que o referido Convênio cita que a unidade da Federação poderá atribuir responsabilidade pelo imposto devido. Diz que o Convênio não menciona que a prestadora do serviço deve ter inscrição estadual no Estado de início da prestação, deixando em aberto para que cada Estado legisle.

Quanto à alegação de ilegitimidade em relação à infração 03, diz que a interpretação do autuado mostra-se eivada de interesses próprios, distorcendo os ditames legais. Para melhor entendimento do tema, transcreve o art. 342 do RICMS/97. Diz que no caso específico, de acordo com o art. 343, inciso XVIII do referido Regulamento, o evento posterior é a entrada das refeições no estabelecimento do adquirente para consumo de seus empregados. Informa que vários incisos do art. 343 do RICMS/97 trazem circunstâncias que suscitam a aplicação do instituto da substituição

tributária. Entende que houve equívoco hermenêutico por parte do autuado, no intuito de contestar o auto de infração.

Em relação ao argumento defensivo de que houve pagamento do ICMS pelas prestadoras de serviço de transporte interestaduais, o autuante argumenta que, admitindo-se que os Conhecimentos de Transporte tenham sido lançados no livro Registro de Saída da empresa transportadora, isso provaria apenas que a empresa transportadora, prestadora do serviço, cumpriria suas obrigações acessórias condizentes com os documentos emitidos. Quanto a adimplemento da obrigação principal, entende que somente com uma auditoria minuciosa contemplando todos os documentos emitidos pela empresa, bem como os créditos por ele auferidos no seu livro Registro de Apuração, possibilitaria asseverar, sem margem de dúvida, que os valores destacados a título de ICMS nos documentos fiscais foram efetivamente recolhidos pela empresa prestadora. Diz que a verificação do recolhimento do imposto incidente nas prestações de serviço de transporte implicaria num trabalho extremamente árduo a ser realizado, mormente em se tratando de prestadora estabelecida em outra unidade da Federação. Entende que esse pagamento é indevido, cabendo a restituição ao contribuinte que sofreu o seu ônus.

O autuante contesta a alegação do autuado de que no cálculo do imposto exigido nas infrações 01 e 02 foram arrolados conhecimentos de transporte inapropriados. Diz que o defendente demonstra desconhecer a estrutura do arquivo magnético instituído pelo Convênio 57/95, quando presume que o campo 05 do registro tipo 70 traz informação do Estado onde teve início a prestação do serviço de transporte acobertado pelo CTCR, mas o conteúdo do campo 05 registro tipo 70 informa a sigla da unidade da Federação do emitente do documento e que não guarda relação com o local de início da prestação de serviço.

Quanto ao argumento defensivo de que houve creditamento de ICMS pago a mais ao Estado da Bahia, o autuante diz que não faz comentário sobre o suposto indébito, cabendo apresentar pedido de restituição do tributo, nos termos do art. 74 do RPAF/BA. Também contesta a alegação do autuado de ausência de prejuízo ao erário. Afirma que a justificativa do autuado de que as empresas transportadoras recolheram o imposto devido não se sustenta, porque a obrigação tributária prevista no texto legal não pode ser objeto de ajustes particulares. Tal entendimento viola o disposto no art. 123 do CTN, que transcreveu.

Sobre a alegação de que houve erro na alíquota aplicada, o autuante afirma que a lógica apresentada pelo defendente não encontra respaldo jurídico. Diz que o regime do 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 art. 386, inciso I c/c art. 343, inciso XVIII e art. 349, todos do RICMS-BA/97.

Contesta, ainda, a solicitação do autuado para a realização de perícia, dizendo que o procedimento requerido é inapropriado para os questionamentos propostos. Diz que a perícia é realizada para investigar matéria que exija um conhecimento de técnico específico, exigindo a participação de um profissional habilitado e com experiência técnica. Entende que a depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requer a realização de diligência ou perícia fiscal, mas não existe no presente PAF qualquer elemento motivador que suscite a realização de diligência ou perícia. Pede a procedência do Auto de Infração.

À fl. 415 esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito intimasse o defendente a comprovar a alegação defensiva.

Quanto à infração 03, que fosse elaborado demonstrativo dos CTCRs com os recolhimentos comprovados, relacionados com as infrações 01 e 02.

Foi solicitado que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu

representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

O defendente apresentou manifestação às fls. 417/418, alegando que em razão do volume de operações e documentos pediu que fosse realizada a diligência em seu estabelecimento, para que os documentos que comprovam as alegações defensivas fossem vistoriados. Entende que tais documentos deveriam ter sido verificados antes de o Fiscal lavrar o Auto de Infração. Diz que apresentou petição na qual juntou a planilha, bem como cópia por amostragem dos CTRC, reiterando a informação de que, em razão do volume de documentos, era inviável a juntada aos autos do processo, reiterando o pedido de que fosse feita diligência na empresa, onde todos os documentos estavam à disposição do Fisco.

Registra a entrega de todos os CTRC em duas caixas, sendo uma referente a 2011 e outra correspondente a 2012. Diz que os documentos são originais, já que é inviável, do ponto de vista econômico, tirar cópia de milhares de CTRC para juntada ao processo.

Foi prestada informação fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito. às fls. 9967 a 9979 (VOLUME XX), dizendo que o defendente foi intimado em outros PAFs (278868.0001/12-2 e 278868.0002/12-9) sobre a matéria tratada neste Auto de Infração, sendo solicitada a apresentação de planilha nos mesmos moldes da planilha da Substituição Tributária por Antecipação constante no CD que lhe fora entregue, consolidada mensalmente, discriminando e identificando os dados de cada operação que tenha sido iniciada fora do Estado da Bahia, conforme alegação aduzida na defesa, juntamente com as cópias dos correspondentes CTRCs. Diz que o autuado adiantou-se neste processo, e em 10/10/2013, protocolou manifestação idêntica, nos moldes como fez nos PAFs acima citados. Diante destes novos fatos, foi elaborada Informação Fiscal, na tentativa da correta identificação do início da prestação do serviço de transporte. Sobre a infração 01, foram prestadas as seguintes informações:

1. EXPRESSO JFW TRANSPORTES LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CNPJ Básico: 03.162.135. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia, feitas pela filial 03.162.135/0006-56. As prestações feitas por outras filiais desta transportadora foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima.
2. KENYA S/A TRANSPORTE E LOGISTICA, CNPJ Básico: 03.225.625. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia, feitas pela filial 03.225.625/0028-60. As prestações feitas por outras filiais desta transportadora foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima.
3. FEDEX BRASIL LOGISTICA E TRANSPORTE S.A.(RAPIDÃO COMETA), CNPJ Básico: 10.970.887. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia, feitas pela filial 10.970.887/0042-72. As prestações feitas por outras filiais desta transportadora foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima.
4. PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA, CNPJ Básico: 17.463.456. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia, feitas pela filial 17.463.456/0014-05. As prestações feitas por outras filiais desta transportadora foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima.
5. RODOVIARIO RAMOS LTDA, CNPJ Básico: 25.100.223. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia, feitas pela filial 25.100.223/0034-10. As prestações feitas por outras filiais desta transportadora foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima.
6. DISPLAN ENCOMENDAS URGENTES LTDA, CNPJ Básico: 59.874.354. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia, feitas pela filial 59.874.354/0001-08. As prestações feitas por outras filiais desta transportadora foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima.

7. TRANSPORTADORA PLIMOR LTDA., CNPJ 88.085.485/0049-59. As prestações feitas por esta transportadora foram excluídas. Os CTRCs trazem com precisão o local do início da prestação do serviço.
8. TNT MERCURIO CARGAS E ENCOMENDAS EXPRESSAS S/A, CNPJ Básico: 95.591.723. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia, feitas pela filial 95.591.723/0118-20. As prestações feitas por outras filiais desta transportadora foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima

Foi apresentada a conclusão de que as demais prestações feitas por outras transportadoras foram mantidas na autuação. O levantamento fiscal à fl. 012, foi substituído pelo das folhas 9.981 a 10.001, sendo elaborado um novo demonstrativo da Infração 1 à fl. 9974 sob o impacto das alterações efetuadas nos meses respectivos.

Quanto à infração 02, foram prestadas as seguintes informações:

1. RODOVIARIO RAMOS LTDA, CNPJ Básico: 25.100.223. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia, feitas pela filial 25.100.223/0034-10. As prestações feitas por outras filiais desta transportadora foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima.
2. DISPLAN ENCOMENDAS URGENTES LTDA, CNPJ Básico: 59.874.354. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia, feitas pelo estabelecimento CNPJ 59.874.354/0001-08. As prestações feitas por outras filiais desta transportadora foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima.
3. TRANSPORTADORA PLIMOR LTDA., CNPJ 88.085.485/0049-59, 88.085.485/0001-04 e 88.085.485/0044-44. As prestações feitas por esta transportadora foram excluídas. Os CTRC's trazem com precisão o local do início da prestação do serviço.
4. TNT MERCURIO CARGAS E ENCOMENDAS EXPRESSAS S/A, CNPJ Básico: 95.591.723. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia, feitas pela filial 95.591.723/0118-20. As prestações feitas por outras filiais desta transportadora foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima.

Foi apresentada a conclusão de que as demais prestações feitas por outras transportadoras foram mantidas na autuação. O levantamento fiscal à fl. 012, foi substituído pelo das folhas 10.002 a 10.010, sendo elaborado um novo demonstrativo desta Infração 02 à fl. 9978 sob o impacto das alterações efetuadas nos meses respectivos.

O preposto fiscal encarregado pela diligência efetuada opina pela procedência parcial do presente Auto de Infração, nos termos dos novos demonstrativos elaborados, destacando a jurisprudência do CONSEF no entendimento constante nos Acórdãos JJF Nº 0157-05-13 e CJF 0177-11/13, 0119-11/14, 0303-11/13 e 0138-12/14, transcrevendo duas ementas. Juntou novos demonstrativos das infrações 01 e 02 (fls. 9980 a 1010) e CD-R à fl. 1011.

Intimado sobre a diligência fiscal realizada o defendente se manifestou às fls. 10.016 a 10.021. Após fazer uma síntese dos fatos, alegou que após analisar o novo levantamento efetuado pela Fiscalização, constatou que em relação às infrações 01 e 02, não foram excluídos serviços de transporte realizados por empresas que possuem inscrição no estado da Bahia, descumprindo o Convênio ICMS 25/90.

Disse que o referido Convênio, 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 o impugnante), quando o transportador não possuir inscrição no Estado.

Informou que em relação aos arquivos que integram o auto de infração, em especial o relatório de operações efetuadas nos anos de 2011 e 2012, e que se encontram gravados em mídia anexa ao

auto de infração, todas as operações de transporte que deram origem à autuação foram efetivadas por transportador que possui inscrição no Estado da Bahia. O número de cada uma dessas inscrições, data da operação e respectivo Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas consta do aludido relatório e deveria ter sido verificado pelo Auditor Fiscal.

Também informa que junta aos autos cópia dos extratos do Sintegra que comprovam que todas as empresas que prestaram serviços de transporte para o impugnante possuem inscrição no Estado da Bahia. Entende que está evidenciado que a exigência fiscal é totalmente descabida, porque a responsabilidade pelo pagamento do imposto em questão não poderia ser imputado ao defendente, considerando que as operações de transporte de carga interestadual foram contratadas com transportadoras que possuem inscrição no Estado da Bahia.

Em relação aos cálculos, alega existência de erro, citando como exemplo a fl. 9974. Diz que no mês de janeiro de 2011 considerou-se como base de cálculo o valor de R\$268.919,12, aplicando-se uma alíquota de 17%, chegando-se ao valor histórico de R\$45.716,25. Entretanto, se for analisado o levantamento fiscal, observa-se que o valor total das operações realizadas (base de cálculo) será de R\$380.985,17. Aplicando-se uma alíquota de 12% chega-se ao valor de R\$45.718,22. Sendo aplicada alíquota de 17% chega-se ao valor de R\$64.757,48.

Afirma que não resta dúvida de que os cálculos estão contraditórios. Se confrontados os cálculos de fls. 9974 e a planilha contendo o levantamento fiscal, as bases de cálculo e as alíquotas estão divergentes. Diz que a alíquota de 17% não merece prosperar, uma vez que, segundo o disposto no art. 15 da Lei 7.014/96, sendo interestadual a operação, a alíquota deveria ser de 12%.

Quanto à infração 02, faz uma demonstração por amostragem, alegando erro de cálculo constante na fl. 9978. Diz que no mês de junho de 2012, considerou-se com base de cálculo o valor de R\$401.398,24, aplicando-se uma alíquota de 17%, chegando-se ao valor do ICMS devido de R\$68.237,70. Entretanto, analisando o levantamento fiscal observa-se que o valor total das operações realizadas (base de cálculo) será de R\$568.941,33. Aplicando-se uma alíquota de 12% chega-se ao valor de R\$68.272,96. Sendo aplicada alíquota de 17%, chega-se ao valor de R\$96.720,02.

Entende que não resta dúvida de que os cálculos estão contraditórios. Se confrontados os cálculos de fl. 9978 e a planilha constando o levantamento fiscal, as bases de cálculo e as alíquotas estão divergentes. Pelas mesmas razões expostas na infração 01, afirma que a alíquota deveria ser aplicada de 12%, conforme art. 15 da Lei 7.014/96.

Alega que não devem prosperar os cálculos efetuados pela fiscalização, pelo fato de não ter sido excluído operações realizadas por transportadoras que possuem filiais no Estado da Bahia, descumprindo o Convênio ICMS 25/90. Em segundo lugar, pelo fato de a base de cálculo e a alíquota utilizada nas fls. 9974 e 9978 estarem divergentes do constante no levantamento fiscal, ressaltando que a alíquota correta a ser aplicada deve ser 12%, conforme art. 15 da Lei 7.014/96.

Requer sejam extintas as infrações 01 e 02. Caso não seja este o entendimento, que sejam refeitos os cálculos, utilizando-se a base de cálculo correta, bem como a alíquota de 12%.

O preposto fiscal encarregado pela diligência prestou nova informação fiscal às fls. 10.030 a 10.034, dizendo que, para facilitar o entendimento das alegações apresentadas pelo autuado, passa a acompanhar citando os itens da peça defensiva apresentada as fls. 10.016 a 10.021.

Diz que o autuado alegou que parte das operações teria sido iniciada fora do Estado da Bahia; que as infrações se referem a milhares de Conhecimentos de Transportes, e que estes documentos estão à disposição do Fisco na sede da empresa. Também alegou que foi intimado a apresentar planilha descritiva com as operações que tiveram início fora do Estado, bem cópia dos CTCRC que comprovam a alegação. Informa que o defendente, na petição apresentada, reiterou a alegação de que em razão do montante de documentos era inviável a juntada aos autos do processo e que pediu juntada ao processo de cópias de CTCRC por amostragem.

Em relação à planilha descritiva com as operações, diz que não a localizou no processo. Após a primeira Informação Fiscal às fls. 399 a 409 e solicitação de diligência às fls. 415, informa que o autuado apresentou petição anexando milhares de CTRCs ao processo. Em seguida, foi produzida nova informação fiscal as fls. 9.967 a 9.979, considerando os conhecimentos anexados, na tentativa da correta identificação do início da prestação, para tanto foram analisados todos os prestadores de serviços constantes das infrações 1 e 2 em conjunto com os CTRCs anexados pelo autuado. Diz que o levantamento foi minucioso, sendo excluídas as operações que se iniciaram em outro Estado. Afirma que não procede a alegação defensiva de que ainda constam no levantamento fiscal operações iniciadas em outro Estado.

Quanto ao argumento do autuado de que a fiscalização não exclui os serviços de transporte realizados por empresas que possuem inscrição no Estado da Bahia, descumprindo assim o Convênio ICMS 25/90, reproduz parte da informação fiscal, produzida pelo autuante às fls. 400 a 402.

Sobre a alegação do autuado de que os cálculos estão contraditórios, com o lançamento da alíquota de 12% nos demonstrativos e de 17% no Auto de Infração, esclarece que as planilhas e ou demonstrativos que compõem este Auto de Infração é a transcrição literal dos conhecimentos, com a Base de Cálculo e Alíquota (7%, 12% ou 17%) ali destacados. O imposto lançado foi calculado segundo o destino das mercadorias, conforme constam nos demonstrativos as fls. 9.981 a 10.010, contudo estes valores ao serem transportados para o demonstrativo da Infração 1 à fl. 9.974 e para o da Infração 2 à fl. 9.978, foram lançados com a alíquota de 17%. Por limitação técnica a base de cálculo é lançada automaticamente pelo Sistema Emissor de Auto de Infração, cabendo ao auditor apenas o lançamento do imposto e da alíquota.

Entende que o enquadramento legal, a descrição dos fatos, e os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração permitem a compreensão dos fatos acusatórios, possibilitando assim a plena defesa. Sobre este assunto o Acórdão CJF nº 0357-12/09, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste Conselho é esclarecedor, conforme parte que transcreve.

Opina pela procedência parcial do presente Auto de Infração, nos termos dos novos demonstrativos elaborados, destacando a reiterada jurisprudência deste CONSEF, no entendimento matéria tratada neste PAF, a exemplo dos Acórdãos JJF 0157-05/13 e CJF 0177-11/13, 0119-11/14, 0303-11/13 e 0138-12/14.

VOTO

Inicialmente, foi informado nas razões de defesa que há outras autuações contra o impugnante, contendo as mesmas infrações apontadas, somente em relação a períodos e filiais diferentes. O defendente entende que por haver identidade de partes e fundamentos é imprescindível a reunião dos processos para que não sejam proferidas decisões discrepantes.

Observo que o presente Auto de Infração foi efetuado sob o comando de Ordem de Serviço; não se constatou motivo para se entender que houve cobrança em duplicidade e não há prejuízo ao defendente o fato de ter sido lavrado mais de um Auto de Infração tratando da mesma matéria, desde que a descrição dos fatos seja efetuada de forma compreensível, sejam indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, o que ocorreu no presente Auto de Infração.

Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o defendente tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em relação a todos os Autos de Infração lavrados, inexistindo previsão regulamentar para reunião dos processos, requerida pelo defendente.

Quanto às infrações 01 e 02, o defendente alegou ilegitimidade passiva, dizendo que as normas que atribuem sujeição passiva ao tomador do serviço de transporte violam frontalmente o Convênio ICMS nº 25, de 18/09/1990, ao qual aderiram todos os Estados.

Não acato a alegação defensiva, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação que rege as matérias tratadas em cada item da autuação, inclusive os arts. 380 e 382 do RICMS-BA/97. O argumento defensivo de que as normas que atribuem sujeição passiva ao tomador do serviço de transporte violam frontalmente o Convênio ICMS nº 25, de 18/09/1990, será tratado quando da apreciação do mérito da autuação.

Rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência por preposto fiscal estranho ao feito, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado da mencionada diligência.

No mérito, as infrações 01 e 02 serão analisadas conjuntamente, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa, tendo em vista que tratam da mesma matéria e o autuado apresentou impugnação combatendo simultaneamente estes dois itens.

Infração 01: Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de janeiro de 2011 a março de 2012.

Em complemento, foi informado que a apuração dos valores exigidos encontra-se nas planilhas em mídia magnética (CD), cujo demonstrativo também é apresentado impresso em papel, fonte dos dados: arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) do contribuinte.

Infração 02: Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de junho a dezembro de 2012.

O autuado alegou que de acordo com os arquivos que integram o Auto de Infração e que se encontram gravados em mídia anexa ao PAF, todas as operações de transporte que deram origem à autuação foram efetivadas por transportador que possui inscrição no Estado da Bahia. O número de cada uma dessas inscrições, data da operação e respectivo Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC consta do aludido relatório e deveria ter sido verificado pelo autuante. Entende que as normas que atribuem sujeição passiva ao tomador do serviço de transporte violam frontalmente o Convênio ICMS nº 25, de 18/09/1990.

Efetivamente, o Convênio ICMS 25/90 estabelece que, “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 ao alienante ou remetente da mercadoria, exceto se microempreendedor individual ou produtor rural”.

Observe que a Constituição Federal atribuiu à lei complementar dispor sobre substituição tributária, conforme art.155, XII, “b”. Por sua vez, a Lei Complementar nº 87/96 tipificou as

situações em que deve ser realizada a substituição tributária do ICMS, bem como, a quem atribuir a responsabilidade pelo seu pagamento (arts. 5º, 6º e 7º):

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Art. 7º Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

O Estado da Bahia, através da Lei nº 7.014/96, na Subseção IV, “Da Substituição Tributária por Antecipação e das Demais Hipóteses de Pagamento por Antecipação”, art. 8º, inciso V, atribuiu ao contratante de serviço ou terceiro que participe da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados.

O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, em dispositivos específicos, trata da matéria em comento, como segue:

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.

§ 1º Nas prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal iniciados ou executados neste Estado, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição exclui a do contribuinte substituído, no tocante à obrigação principal.

§ 3º A base de cálculo do imposto devido pelo transportador, para efeitos de retenção pelo responsável, é a prevista no art. 62 e a alíquota é a correspondente às prestações internas ou interestaduais, conforme o caso.

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 (Redação atual dada pela Alteração nº 14, (Decreto nº 7725), de 28/12/99, DOE de 29/12/99:

a) fará constar, nas Notas Fiscais que acompanhem a carga:

1 - declaração de que o ICMS sobre o serviço de transporte é de responsabilidade do tomador;

2 - a expressão: “Dispensa de emissão de conhecimento de transporte a cada prestação autorizada nos termos do inciso II do art. 382 do RICMS.

De acordo com os dispositivos legais reproduzidos neste voto, inclusive a regra inserta no RICMS-BA/97, constata-se que o tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, por isso, não é acatada a alegação defensiva de ilegitimidade passiva, ressaltando-se que a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição, exclui a do contribuinte substituído.

Neste caso, entendo que o Fisco não tem a obrigação de buscar elementos de provas junto a terceiros. A responsabilização imposta pela substituição tributária tem exatamente o objetivo de concentrar a arrecadação e a fiscalização, de forma que o foco de atuação do fisco se restrinja a um número pequeno de contribuintes, proporcionando fiscalizações e controle mais efetivos. Atender ao pedido do defendente para intimar e/ou fiscalizar cada uma das empresas transportadoras é atentar contra a própria essência legislativa, que tem por fim, evitar exatamente o que o impugnante pede: que o fisco busque documentos nas empresas que prestaram serviço ao defendente, dificultando ou até mesmo impossibilitando a apuração do imposto devido. Se o contribuinte tivesse apresentado comprovação de recolhimento do imposto, tais valores poderiam ser excluídos do levantamento fiscal.

Entendo que não há como prosperar o argumento defensivo em relação aos alegados recolhimentos efetuados pelas transportadoras, considerando que a legislação tributária aplicável, conforme já mencionado anteriormente, nos casos de prestações sucessivas de serviço de transporte, atribui ao tomador dos serviços a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto devido. Neste caso, fica expressamente excluída a responsabilidade do contribuinte substituído.

O autuado também alegou que constatou equívoco no levantamento fiscal, inclusive, que foi exigido ICMS que sequer é devido ao Estado da Bahia, porque os serviços de transporte foram contratados entre outras unidades da Federação.

Por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi realizada revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito (fls. 9967 a 9979 - VOLUME XX), sendo informado que foram analisados todos os prestadores de serviços constantes das infrações 1 e 2 em conjunto com os CTCRs anexados pelo autuado. O levantamento foi minucioso, sendo excluídas as operações que se iniciaram em outro Estado. Em síntese, o Auditor Fiscal encarregado pela diligência prestou as seguintes informações:

1. Foram mantidas na autuação as prestações iniciadas na Bahia
2. As prestações feitas por outras filiais de transportadoras foram excluídas. São operações de devolução de mercadorias ou recebimento de matéria prima
3. Também foram excluídos CTCRs que trazem com precisão o local do início da prestação do serviço fora do Estado da Bahia.

Também foi informado que o levantamento fiscal das infrações 01 e 02 à fl. 12, foi substituído pelo das folhas 9.981 a 10.001, sendo elaborado um novo demonstrativo à fl. 9974 (infração 01) e fls. 10.002 a 10.010, novo demonstrativo à fl. 9978 (infração 02), considerando o impacto das alterações efetuadas nos meses respectivos.

Na manifestação apresentada (fls. 1006 a 1021) após a revisão fiscal, o defendente reproduziu as alegações constantes na impugnação inicial e, em relação aos cálculos, alegou existência de erro, citando como exemplo a fl. 9974. Disse que no mês de janeiro de 2011 considerou-se como base de cálculo o valor de R\$268.919,12, aplicando-se uma alíquota de 17%, chegando-se ao valor histórico de R\$45.716,25. Entretanto, se confrontados os cálculos da fl. 9974 com a planilha contendo o levantamento fiscal, as bases de cálculo e as alíquotas estão divergentes. Afirmou que a alíquota de 17% não merece prosperar, uma vez que, segundo o disposto no art. 15 da Lei 7.014/96, sendo interestadual a operação, a alíquota deveria ser de 12%.

Na informação fiscal, foi esclarecido que as planilhas ou demonstrativos que compõem este Auto de Infração é a transcrição literal dos Conhecimentos de Transporte, respeitando-se a base de calculo e alíquota (7%, 12% ou 17%) ali destacados.

Observe que após analisar o levantamento fiscal, não foi constatado erro na determinação da alíquota, considerando que o imposto foi apurado segundo a alíquota cabível para cada operação interestadual, como se pode verificar no demonstrativo de fl. 9983 em confronto com o demonstrativo de débito à fl. 9974, citado pelo defendente. Entretanto, ao serem transportados os valores apurados para o demonstrativo de débito, por uma limitação técnica do Sistema Automatizado de Emissão de Auto de Infração, a alíquota indicada nesses demonstrativos de débito será sempre 17%. Ou seja, a indicação da alíquota de 17% no demonstrativo de débito do Auto de Infração, por imposição do Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração utilizado atualmente pela SEFAZ/BA, não onerou o sujeito passivo, como se pode comprovar pelo confronto dos valores do imposto apurados no levantamento fiscal com o referido demonstrativo de débito.

Em relação às operações realizadas com contribuintes do Simples Nacional, concordo com a opinião do autuante de que o referido regime, 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 art. 386, inciso I c/c art. 343, inciso XVIII e art. 349, todos do RICMS-BA/97.

Vale salientar, que embora o defendente não tenha acatado o resultado da revisão fiscal, alegando que ainda constatou no levantamento fiscal operações iniciadas em outro Estado, não apontou objetivamente essas operações, o que poderia proporcionar as exclusões necessárias.

Acato os demonstrativos elaborados na revisão fiscal efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito e concluo pela subsistência parcial das infrações 01 e 02, de acordo com o levantamento fiscal às fls. 9980 a 10.010, e demonstrativo de débito à fl. 9974 (infração 01) e fl. 9978 (infração 02).

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários do autuado, nos meses de janeiro, março, julho a dezembro de 2011; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2012.

O autuado alegou que não foi realizado o recolhimento do ICMS por diferimento em razão de as empresas fornecedoras se encontrarem inscritas no Simples Nacional, dispensadas do pagamento do imposto. Por isso, o autuado entendeu que estaria dispensado de efetuar a substituição tributária por diferimento.

Observe que a substituição tributária pode ocorrer em três situações ou modalidades: (i) substituição tributária por diferimento (postergação do lançamento e do pagamento do imposto); (ii) substituição tributária por retenção; (iii) antecipação tributária.

Em relação à substituição tributária por diferimento sobre refeições, o recolhimento do imposto é postergado para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente (art. 343, XVIII, do RICMS-BA/97), salientando-se que de acordo com o art. 349 do mencionado Regulamento, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação ou circunstância que encerre a fase de diferimento, como é o caso das refeições.

Como já comentado nas infrações anteriores, o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária. Neste caso, não é acatada a alegação defensiva de que não foi observado que a maioria dos fornecedores das refeições é do Simples Nacional.

O autuado, na condição de adquirente, é responsável por substituição relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido. O valor lançado representa o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao defendente, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento.

Embora exista a possibilidade de o imposto ter sido assumido incorretamente pelo remetente em decorrência do benefício previsto na legislação, além de não ficar comprovado nos autos o pagamento do ICMS relativo às operações em comento, o tributo é de responsabilidade do adquirente. Portanto, concluo pela subsistência da exigência do imposto apurado pelo autuante neste item da autuação fiscal.

Infração 04: Estorno de débito de ICMS efetuado em desacordo com a legislação deste imposto, no mês de setembro de 2012.

Em complemento, consta a informação de que o autuado creditou-se indevidamente como ajuste de crédito na sua Escrita Fiscal Digital – EDF, em setembro de 2012, a título de estorno de ICMS Substituição Tributária, frete de transportadoras localizadas no Estado da São Paulo e outros Estados, imposto recolhido nos meses de junho e julho de 2012.

Nas razões de defesa, o autuado apresentou questionamentos, indagando quais foram os CTCRs que deram origem ao creditamento em discussão; se é possível concluir que as empresas contratadas tinham inscrição no Estado da Bahia ou que o transporte foi contratado em outra unidade da Federação; se é possível concluir se o crédito é decorrente de pagamento em valor maior do que o devido e se o mesmo corresponde a valores pagos nos meses de junho e julho de 2012.

Conforme informação constante na descrição dos fatos, o valor exigido no presente lançamento foi apurado por meio dos arquivos referentes à Escrituração Fiscal Digital – EFD, transmitidos pelo autuado. Neste caso, as indagações apresentadas nas razões de defesa devem ser respondidas e comprovadas pelo próprio defendente.

A Escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

Vale salientar que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais e qualquer inconsistência, equívoco ou divergência, apurado quando da realização da escrituração por ele efetuada, cabe ao autuado indicar objetivamente, apresentando a escrituração e correspondente documentação fiscal, o que não ocorreu no presente PAF.

No caso em exame, não ficou comprovado nos autos que o defendente tenha enviado qualquer alteração parcial ou total das informações enviadas por meio da EFD, ficando caracterizado que os mencionados arquivos estavam corretos bem como o levantamento fiscal efetuado com base

na referida escrituração. Neste caso, não há como acatar as alegações defensivas. Mantida a exigência fiscal

Por fim, o defendente apresentou o entendimento de que, no caso de a autuação ser integralmente mantida, o que o defendente admitiu apenas por eventualidade, a multa aplicada deverá integralmente afastada, conforme permite o art. 159 do RPAF/BA, que transcreveu.

Não há como acatar a alegação defensiva, tendo em vista que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Recomenda-se que após a conclusão definitiva deste PAF, sejam devolvidos os Conhecimentos de Transporte originais anexados aos autos, tendo em vista que são necessários para o contribuinte comprovar suas operações junto a outros órgãos, inclusive a Receita Federal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	852.140,63
02	PROCEDENTE EM PARTE	90.457,83
03	PROCEDENTE	5.390,99
04	PROCEDENTE	15.759,95
TOTAL	-	963.749,40

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278868.1002/12-2, lavrado contra CAMBUCI S/A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$963.749,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA