

A. I. Nº - 108580.0008/11-6
AUTUADO - ACQUA SERVICE COMERCIAL E INDUSTRIAL DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO e SÉRGIO PITANGUEIRAS F. DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 01/06/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0109-03/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. Foi apurado, mediante revisão efetuada pelos autuantes e com base nos esclarecimentos prestados pelo preposto da ASTEC, que apenas o Nitrogênio Líquido objeto da glosa do crédito fiscal não é insumo, não se enquadrando no conceito de produto intermediário, nem de material secundário, tampouco no de matéria-prima. Infração subsistente em parte. 2. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. O valor exigido representa o imposto correspondente às operações cujo lançamento se encontrava 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. Infração subsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelos autuantes, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2012, refere-se à exigência de R\$192.131,96 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2009 e de janeiro a novembro de 2010. Valor do débito: R\$147.645,05. Multa de 60%.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários da empresa, no período de agosto de 2009 a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$16.238,37. Multa de 60%.

Infração 03: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. O autuado contratou serviços de transporte para seus funcionários que se deslocavam de Salvador, Simões Filho para a sede da empresa em Camaçari e não efetuou o recolhimento do ICMS relativo à antecipação tributária, entendendo que se tratava de prestação de serviço no âmbito do município, mas os documentos apresentados atestam que são serviços intermunicipais. Período de janeiro de 2009 a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$28.248,54. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 413 a 421 do PAF). Inicialmente, comenta sobre a tempestividade da defesa apresentada, e informa que atua no ramo de comércio

atacadista de produtos químicos, petroquímicos e seus derivados, fertilizantes, defensivos agrícolas e inoculantes, industrialização de produtos químicos e de peças e acessórios cilíndricos para gases, dentro outros.

Quanto à primeira infração, alega que a acusação fiscal é absurda e não resiste a uma simples análise superficial dos documentos que serviram de base para a autuação. Informa que de acordo com o Contrato Social da empresa, seu objeto social é o comércio atacadista de mercadorias em geral, produtos químicos, petroquímicos e seus derivados, industrialização de produtos químicos etc. Entende que o crédito considerado indevido, escriturado no livro de Registro de Entradas, em verdade decorre da aquisição de produtos destinados a revenda ou transformação em outro produto químico, categorizados como mercadorias destinadas à realização do objeto social da empresa.

Informa que as notas fiscais de aquisição que anexou defesa (Doc. 03) comprovam a legitimidade do crédito escriturado e a natureza dos produtos químicos industrializados ou revendidos pelo autuado, que são: hidróxido de Sódio, Nitrogênio Líquido e Fluossilicato de Sódio.

Para que não parem dúvidas acerca da legitimidade do crédito fiscal, diz que anexou aos autos (Doc. 04 – fl. 597 do PAF) declaração elaborada pelo engenheiro químico da empresa, Sr. Elson Pastore – CRQ 07300150/BA, na qual o profissional descreve sucintamente como o Hidróxido de Sódio e o Nitrogênio Líquido são utilizados no processo de industrialização química para formação do Hipoclorito de Sódio, sub-produto comercializado pela empresa autuada. No que tange ao Fluossilicato de Sódio, produto que não é utilizado no processo industrial do cloro, informa que sua aquisição é realizada com fins comerciais de revenda, não sendo de uso e consumo da empresa. Diz que a tela de estatística de vendas e as notas fiscais de entrada anexas à defesa (Doc. 03) comprovam as referidas operações (8 de entrada e 8 de saída) e, portanto, a legitimidade e legalidade na utilização do crédito fiscal, reputados como inidôneo pelo autuante.

O defendente assegura que agiu em conformidade com a Lei do ICMS (7.014/96), notadamente no art. 26, e no RICMS/97, arts. 114 e 114-A, que transcreveu, e afirma que restou claro que não houve a alegada utilização indevida de crédito fiscal de ICMS descrito na infração 01. Que todas as operações realizadas com os produtos químicos adquiridos confundem-se com o objeto social da empresa e geram o respectivo crédito fiscal, sob pena de violação ao princípio da não-cumulatividade e do regramento estadual do imposto, uma vez que são incorporados ao processo de industrialização ou revendidos.

Quanto à infração 02, alega que a regra de substituição tributária por diferimento na cobrança do ICMS não se aplica a situação em comento. Diz que o art. 343, XVIII, do RICMS-BA/97, determina que “nos fornecimentos de refeições a qualquer estabelecimento de contribuinte deste Estado fica diferido o ICMS para o momento da entrada no estabelecimento”. Afirma que o diferimento em comento não se aplica aos casos em que a empresa fornecedora de refeições é optante do Simples Nacional.

Salienta que a sistemática de arrecadação do SIMPLES consiste em simplificar a arrecadação e a contabilidade da empresa optante, de forma que as mercadorias comercializadas e os serviços prestados são tributados de forma única, através de aplicação de percentual sobre a receita bruta anual da empresa. Que o diferimento do ICMS previsto no art. 343 do RICMS/BA visa exatamente facilitar a arrecadação e coibir a sonegação, situações que não se configuram quando a empresa fornecedora é optante pela sistemática de recolhimento do Simples Nacional. Conclui que a situação deste item do presente lançamento não se subsume à hipótese de substituição por diferimento prevista no art. 7º, da Lei nº 7.014/96. Entende que ao se sustentar a autuação, estar-se-á possibilitando a incidência do imposto estadual duas vezes sobre o mesmo fato gerador. Caso não seja este o entendimento deste órgão julgador, pede que o presente PAF seja encaminhado em diligência para que se retifique a base de cálculo utilizada pelo autuante.

Alega que de acordo com as notas fiscais anexas (Doc. 05), a empresa fornecedora, BAG REFEIÇÕES LTDA (Doc. 05), está enquadrada no regime de tributação com base na receita bruta, o que atrai a aplicação da regra contida no art. 87, inciso XX, do RICMS, que determina a redução da base de cálculo do tributo na hipótese de fornecimento de refeições, calculando-se a redução em 30% (trinta por cento). Diz que o cotejo entre as notas fiscais (Doc. 05) e a descrição da base de cálculo constante no auto de infração demonstra que a base de cálculo utilizada pelo autuante é de 100% do valor da nota, com alíquota de 17%, quando deveria ter sido reduzida em 30% a referida base de cálculo do ICMS, conforme dispõe o Regulamento.

Em relação à infração 03, o defendente pede a nulidade da autuação, no que se refere a base de cálculo utilizada pelo autuante. Reproduz o art. 17, inciso VIII, da Lei nº 7.014/96, afirmando que a base de cálculo do ICMS relativo ao serviço de transporte é o preço do serviço. Diz que a base de cálculo constante na infração 03 engloba o valor devido a título de ICMS (Notas Fiscais – Doc. 06 e AI Doc. 02), ou seja, presumidamente o imposto foi calculado por dentro, estando a exação contida em sua própria base de cálculo, o que não se coaduna com a sistemática do ICMS-transporte e incorre em manifesta violação ao inciso VIII, do art. 17 da Lei do ICMS/BA.

No que tange ao alegado descumprimento de obrigação de retenção do tributo devido por conta do transporte por terceira empresa dos funcionários do autuado, afirma que esclarecido que em momento algum a empresa Acqua Service deixou de cumpri-las.

Alega que se pode perceber nas notas fiscais, Doc. 06, referentes à prestação de serviço de transporte do período de janeiro/2009 a maio/2010, que foi pago valor à título de ISS (transporte intermunicipal), conforme notas fiscais de serviço autorizadas pelo Município de Camaçari e emitidas pela empresa prestadora. Que o autuado foi designado como responsável tributário, sendo a empresa prestadora de serviço de transporte contribuinte de tributo, reputado por esta como sendo sua operação sujeita à incidência do ISS, por estar adstrita ao território municipal. A subsunção do fato à norma advém dos valores e do serviço discriminado pelo contribuinte, cabendo apenas ao autuado reter o tributo reputado como incidente na operação e repassar aos cofres públicos. Esclarece que a própria nota fiscal emitida pelas empresas que prestaram o serviço de transporte no período referido sequer faz referência ao campo “Valor Total do ICMS”, constando apenas o destaque do ISS, calculado à alíquota de 4%. Afirma que se existe algum valor a ser recolhido aos cofres da Fazenda Estadual, esta exação deve recair sobre as empresas de transporte e não sobre o defendente que cumpriu o quanto determinado pela legislação.

Em relação ao período de junho/2010 a dezembro/2011 entende que não há que se falar em descumprimento de obrigação pela não retenção do ICMS sobre o serviço de transporte, porque os Documentos de Arrecadação Estadual – DAE (Doc. 08) anexos às notas fiscais que materializam a prestação do serviço comprovam que o valor devido foi retido pelo autuado, sendo totalmente descabida a acusação de descumprimento de obrigação acessória descrita na infração 03.

Por fim, o defendente requerer: a) que se declare a nulidade do presente auto de infração no que se refere à infração 03, por capitulação legal confusa e aplicação de base de cálculo equivocada; b) que sejam julgadas improcedentes as infrações 1, 2 e 3.

O autuante Laudelino Bispo Costa Filho presta informação fiscal às fls. 817 a 822 dos autos. Quanto à primeira infração, informa que intimou o autuado, em diversas oportunidades, solicitando informações pertinentes às infrações, sendo informado pelo Contador do contribuinte que, em decorrência de brigas entre os dois sócios, a empresa estava fechada e não tinha como responder os questionamentos às fls. 13/14 do PAF. Sobre o nitrogênio líquido diz que a informação obtida foi no sentido de que era utilizado para limpeza.

Concorda em parte com as alegações defensivas, em relação aos produtos hidróxido de sódio e Fluossilicato de sódio, mantendo a autuação quanto ao nitrogênio líquido. Informa que de acordo com a fl. 597 do PAF, o nitrogênio líquido serve como veículo para o carregamento do cilindro de

cloro e em momento algum se incorpora ao produto. Repete o que disse o preposto do autuado sobre o nitrogênio e lembra que o defendente adquire cloro a granel e coloca em cilindros para posteriormente vender. Diz que este é o processo produtivo do autuado. Refez os demonstrativos referentes ao crédito indevido (fls. 824/829), retirando os dois produtos (hidróxido de sódio e fluossilicato de sódio), mantendo a infração para o produto nitrogênio líquido.

Quanto à infração 02 afirma que no levantamento fiscal consta a redução da base de cálculo de 30% para a empresa que produziu os alimentos servidos aos empregados do autuado. Em relação ao argumento de que o prestador de serviço está enquadrado no Simples Nacional e que não cabe ao tomador do serviço recolher o imposto diferido, o autuante não concorda, apresentando o entendimento de que o autuado deveria ter tido o cuidado de cobrar da empresa prestadora do serviço de alimentação o documento que comprovasse o pagamento do tributo ao Estado da Bahia. Diz que não concorda com as provas constantes nas fls. 408 a 410 do PAF e que inexistente recolhimento para o Estado da Bahia do ICMS sobre as referidas operações. Mantém integralmente a exigência fiscal, pedindo que seja observada a coluna base de cálculo e a coluna anterior, onde se percebe que a base de cálculo é exatamente 70% da coluna “Total” (fls. 25 a 27 do PAF).

Infração 03: Informa que na verdade, existe prestação de serviço de transporte intermunicipal, como provam as fls. 110 a 113 do PAF. Esclarece que os empregados do autuado trabalham na cidade de Camaçari e residem em Salvador, sendo a empresa contratada para fazer o transporte destes empregados daquela cidade para Salvador, ficando comprovada a existência de transporte intermunicipal dos empregados do defendente. Diz que este fato está comprovado através das notas fiscais referentes aos exercícios de 2010 e 2011, quando o prestador do serviço passou a destacar o ICMS nos referidos documentos fiscais.

Quanto à base de cálculo, concorda com o autuado de que houve equívoco, colocando na base de cálculo do ICMS o próprio valor do imposto, quando a base de cálculo do serviço de transporte é o valor da operação. Informa que refez os demonstrativos corrigindo o equívoco. Em relação ao período de junho de 2010 a dezembro de 2011, concorda com o autuado e diz que retirou os respectivos valores do levantamento fiscal.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 834 a 836, alegando que a acusação fiscal não merece prosperar, uma vez que a empresa aproveita o crédito fiscal conforme previsto nos arts. 26, 114 e 114-A do RICMS/97. Assegura que todas as operações realizadas com o nitrogênio líquido adquirido se confundem com as atividades descritas no objeto social da empresa, uma vez que o produto é incorporado ao processo de industrialização e/ou revendido. Diz que as notas fiscais de aquisição anexadas aos autos comprovam a legitimidade do crédito escriturado e a natureza do produto químico industrializado ou revendido. Afirma que o hidróxido de sódio e o nitrogênio líquido são utilizados no processo de industrialização química para formação do hipoclorito de sódio, subproduto comercializado pela empresa.

Quanto à infração 02, alega que na apresentação da defesa buscou demonstrar a sistemática de arrecadação do Simples Nacional, informando em que consiste a simplificação da arrecadação e da contabilidade da empresa optante. Também afirma que tentou esclarecer que, em atendimento ao disposto no art. 343, XVIII, do RICMS/97, o diferimento não se aplica aos casos em que a empresa fornecedora de refeições é optante pelo Simples Nacional.

Em relação à infração 03, considerando a verificação do equívoco cometido pelo autuante e sua imediata correção, informa que nenhum argumento novo há de ser acrescentado. Reitera o pedido de improcedência das infrações 01 e 02.

À fl. 839 o autuante diz que mantém a informação fiscal anteriormente prestada e que o autuado não acrescentou qualquer elemento novo.

À fl. 842 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que Auditor Fiscal da ASTEC verificasse *in loco* e informasse se o nitrogênio líquido é

indispensável ao processo produtivo, como alegou o autuado, ou seja, se esse material integra o produto final, e como é utilizado em cada etapa do processo produtivo, se é necessário à produção ou composição do produto final.

Conforme PARECER ASTEC Nº 116/2014 (fls. 897/898), para o cumprimento da diligência foi agendada visita *in loco*, tendo sido acompanhado o preposto da ASTEC pelo Sócio Administrador da empresa e constatado que o estabelecimento autuado encontra-se inativo, conforme já consignado na informação fiscal à fl. 818. Apesar de o estabelecimento encontrar-se inativo, foi apresentado o encarregado da vigilância da planta que explicou a atividade da empresa.

Foi informado que a atividade consistia em envasamento em cilindros do Cloro Líquido que recebia sem envasilhar pelo fornecedor. Para tal atividade usava o Nitrogênio Líquido recebido em carretas que, em pátio próprio, transferia para um específico tanque de armazenamento que não mais estava na planta. O tanque de armazenamento era alugado, sendo justificada a sua ausência em razão da devolução ao proprietário em face da paralisação da atividade empresarial.

Acrescenta que no tanque de armazenamento o Nitrogênio era pressurizado como forma de exercer uma força no tanque e transferir o Cloro Líquido para a estação de carregamento do cilindro, como explicado na declaração de uso de produtos à fl. 597. Foi informado que embora o Nitrogênio não seja o único produto utilizável para envasilhar o cloro em cilindro, era utilizado por ser mais adequado à segurança da atividade.

Em conclusão o preposto da ASTEC informou que não obstante a inatividade do estabelecimento, as informações obtidas indicam que o Nitrogênio Líquido era necessário à atividade que o estabelecimento exercia, mas como a própria declaração à fl. 597, a atividade de envasamento, em função da característica do Nitrogênio, não existe corrosão química, ou seja, não integra nem altera a característica do Cloro.

Foi informado, ainda, que o Nitrogênio servia para dispersar resíduos tóxicos na atmosfera de modo a diminuir a poluição do meio ambiente por sua atividade empresarial.

De acordo com as fls. 902/903 do presente PAF o defendente foi intimado quanto ao Parecer ASTEC nº 116/2014 e o autuante também tomou conhecimento do referido Parecer, conforme fl. 904. Decorrido o prazo concedido, não houve qualquer manifestação.

Na sustentação oral, a representante legal do autuado alegou que o serviço de transporte tratado na infração 03 se enquadra na hipótese de isenção prevista no art. 30, inciso I do RICMS-BA/97. Citou o Acórdão CJF 0120-12/14.

VOTO

A infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, relativamente aos produtos: hidróxido de Sódio, Nitrogênio Líquido e Fluossilicato de Sódio, nos meses de janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2009 e de janeiro a novembro de 2010.

O defendente alegou que o Hidróxido de Sódio e o Nitrogênio Líquido são utilizados no processo de industrialização química para formação do Hipoclorito de Sódio, sub-produto comercializado pela empresa autuada. Afirmou que todas as operações realizadas com os produtos químicos adquiridos confundem-se com o objeto social da empresa e geram o respectivo crédito fiscal, sob pena de violação ao princípio da não-cumulatividade e do regramento estadual do imposto, uma vez que são incorporados ao processo de industrialização ou revendidos.

Na informação fiscal, o autuante acatou parte das alegações defensivas, haja vista que em relação ao nitrogênio líquido, disse que não é insumo, porque serve como veículo para o carregamento do cilindro de cloro e em momento algum se incorpora ao produto final do autuado. Refez os

demonstrativos referentes ao crédito indevido, retirando os dois produtos (hidróxido de sódio e fluossilicato de sódio), mantendo a infração para o produto nitrogênio líquido.

Quanto à utilização de crédito fiscal relativo às aquisições de insumos, matérias primas, produtos intermediários e embalagem, o § 1º, inciso II do art. 93, do RICMS/97, vigente à época, estabelece:

Art. 93.

...

§ 1º Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;

b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou

c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso; e

II - as operações ou prestações subseqüentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.

Observo que a apuração do que seja material de consumo não pode ser feita exclusivamente a partir de conceitos abstratos. É preciso saber de que forma o material é empregado pelo estabelecimento, e a partir desta constatação, tomando conhecimento da função de cada bem no processo produtivo é que se pode concluir se o material é para consumo ou insumo. O correto é verificar, caso a caso, apurando o que seja utilizado, empregado ou consumido em cada setor e o que é direta e imediatamente aplicado no processo produtivo.

Como é impossível que o Relator do PAF conheça a totalidade das funções dos produtos objeto da glosa do crédito fiscal e da exigência do imposto, foi solicitada a realização de diligência fiscal *in loco*, por preposto da ASTEC, no sentido de que fosse apurado de que forma e as etapas de utilização, explicando se o material objeto da autuação é consumido durante o processo produtivo.

Conforme PARECER ASTEC Nº 116/2014 (fls. 897/898), foi informado que o estabelecimento autuado encontra-se inativo, conforme já consignado na informação fiscal à fl. 818. Que a atividade do autuado consistia em envasamento em cilindros do Cloro Líquido que recebia sem envasilhar pelo fornecedor. Para tal atividade usava o Nitrogênio Líquido recebido em carretas que, em pátio próprio, transferia para um específico tanque de armazenamento que não mais estava na planta. No tanque de armazenamento o Nitrogênio era pressurizado como forma de exercer uma força no tanque e transferir o Cloro Líquido para a estação de carregamento do cilindro. Foi informado, ainda, que embora o Nitrogênio não seja o único produto utilizável para envasilhar o cloro em cilindro, era utilizado por ser mais adequado à segurança da atividade.

Em conclusão o preposto da ASTEC informou que não obstante a inatividade do estabelecimento, as informações obtidas indicam que o Nitrogênio Líquido não integra nem altera a característica do Cloro.

No RICMS-BA, o legislador, deixando de lado a importância em se definir o que sejam “insumos” ou o que sejam “produtos intermediários”, preferiu especificar o que e em que caso dá direito ao crédito. Isso é feito no § 1º do art. 93 do RICMS/97, já reproduzido neste voto, estando previsto que, *“Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que as mercadorias adquiridas integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso”*.

Dessa forma, entende-se que essas mercadorias devem integrar o produto final na condição de elemento indispensável ou necessário, conforme o caso. No presente processo, com base na descrição feita pela defesa, informação do autuante e nos esclarecimentos prestados pelo preposto da ASTEC, concluo que o Nitrogênio Líquido objeto da glosa do crédito fiscal não é insumo, não se enquadra no conceito de produto intermediário, nem de material secundário, tampouco no de matéria-prima.

O defendente afirmou que os documentos acostados aos autos comprovam a legitimidade do crédito escriturado e a natureza dos produtos químicos industrializados ou revendidos, que são: hidróxido de Sódio, Nitrogênio Líquido e Fluossilicato de Sódio. Entretanto, em relação ao Nitrogênio Líquido não foi comprovado nos autos que houve revenda do mencionado produto.

Assim, considerando a revisão efetuada pelo autuante e as informações prestadas pelo defendente e no PARECER ASTEC Nº 116/2014, concluo pela subsistência parcial do primeiro item do presente lançamento, no valor total de R\$96.697,41, sendo R\$53.387,79 referentes ao exercício de 2009 e R\$43.309,62 correspondentes a 2010, conforme quadro abaixo, elaborado com base no levantamento fiscal às fls. 17/24 e 824/827, permanecendo apenas o item Nitrogênio Líquido.

	2009	2010
JAN	5.014,49	4.083,38
FEV	5.167,34	3.540,52
MAR	4.998,23	3.504,93
ABR	5.595,71	6.074,75
MAI	3.192,43	3.421,75
JUN	3.941,67	5.020,96
JUL	5.992,98	3.840,92
AGO	6.340,44	6.501,88
SET	-	3.377,69
OUT	4.207,28	3.027,29
NOV	4.408,20	915,55
DEZ	4.529,02	-
TOTAL	53.387,79	43.309,62

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários da empresa, no período de agosto de 2009 a dezembro de 2011.

O defendente alegou que a regra de substituição tributária por diferimento na cobrança do ICMS não se aplica a situação em comento. Diz que o art. 343, XVIII, do RICMS-BA/97, determina que “nos fornecimentos de refeições a qualquer estabelecimento de contribuinte deste Estado fica diferido o ICMS para o momento da entrada no estabelecimento”. Afirma que o diferimento em

comento não se aplica aos casos em que a empresa fornecedora de refeições é optante do Simples Nacional.

Em relação às regras do Simples Nacional, o art. 386 do RICMS/BA estabelece que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido: I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária; VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal: a) com encerramento da tributação; b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial).

Quanto 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.

Vale salientar, que 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 cujo lançamento se encontrava 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.

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 pelos autuantes neste item da autuação fiscal.

Infração 03: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. O autuado contratou serviços de transporte para seus funcionários que se deslocavam de Salvador, Simões Filho para a sede da empresa em Camaçari e não efetuou o recolhimento do ICMS relativo à antecipação tributária, entendendo que se tratava de prestação de serviço no âmbito do município, mas os documentos apresentados atestam que são serviços intermunicipais. Período de janeiro de 2009 a dezembro de 2011.

O defendente pede a nulidade da autuação, no que se refere a base de cálculo utilizada pelo autuante. Reproduz o art. 17, inciso VIII, da Lei nº 7.014/96, afirmando que a base de cálculo do ICMS relativo ao serviço de transporte é o preço do serviço. Diz que a base de cálculo constante na infração 03 engloba o valor devido a título de ICMS. No período de janeiro/2009 a maio/2010, afirma que foi pago valor a título de ISS (transporte intermunicipal), conforme notas fiscais de serviço autorizadas pelo Município de Camaçari e emitidas pela empresa prestadora. Em relação ao período de junho/2010 a dezembro/2011, entende que não há que se falar em descumprimento de obrigação pela não retenção do ICMS sobre o serviço de transporte, porque os Documentos de Arrecadação Estadual – DAE (Doc. 08) anexos às notas fiscais que materializam a prestação do serviço comprovam que o valor devido foi retido pelo autuado.

Na informação fiscal, o autuante acatou parcialmente as alegações defensivas e disse que os empregados do autuado trabalham na cidade de Camaçari e residem em Salvador, sendo a

empresa contratada para fazer o transporte destes empregados daquela cidade para Salvador, ficando comprovada a existência de transporte intermunicipal dos empregados do defendente.

Quanto à base de cálculo, concorda com o autuado de que houve equívoco, colocando na base de cálculo do ICMS o próprio valor do imposto, quando a base de cálculo do serviço de transporte é o valor da operação. Informa que refez os demonstrativos (fls. 828/830) corrigindo o equívoco. Em relação ao período de junho de 2010 a dezembro de 2011, concorda com o autuado e diz que retirou os respectivos valores do levantamento fiscal.

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defendente não questionou o resultado da revisão efetuada pelo autuante, tendo informado que, considerando a verificação do equívoco cometido pelo autuante e sua imediata correção, nenhum argumento novo há de ser acrescentado.

Quanto ao argumento apresentado na sustentação oral, de que o serviço de transporte tratado na infração 03 se enquadra na hipótese de isenção prevista no art. 30, inciso I do RICMS-BA/97, citando o Acórdão CJF 0120-12/14, entendo que o mencionado dispositivo regulamentar não se aplica ao presente PAF, haja vista que trata de isenção nas prestações de serviço de transporte intermunicipal de passageiros, “desde que com característica de transporte urbano ou metropolitano”.

Concluo que não assiste razão ao defendente, considerando que a situação em comento não é a mesma tratada no art. 30, inciso I do RICMS-BA/97 e no Acórdão CJF 0120-12/14, que se refere ao serviço de transporte realizado pela empresa Digitaxi para um grupo seletivo de passageiros de forma esporádica e não contínua. Esses fatos não estão configurados neste PAF, em relação ao serviço de transporte objeto da exigência fiscal.

Acato os novos demonstrativos elaborados pelos autuantes e concluo pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$12,190,75, conforme quadro abaixo, elaborado com base no demonstrativo às fls. 828 a 830.

	2009	2010
JAN	643,20	688,51
FEV	1.339,50	652,82
MAR	742,60	763,40
ABR	634,94	672,94
MAI	584,87	578,11
JUN	697,73	-
JUL	688,34	-
AGO	733,42	-
SET	-	-
OUT	710,69	-
NOV	1.366,13	-
DEZ	693,55	-
TOTAL	8.834,97	3.355,78

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

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	96.697,41
02	PROCEDENTE	16.238,37
03	PROCEDENTE EM PARTE	12.190,75
TOTAL	-	125.126,53

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 **108580.0008/11-6**, lavrado contra **ACQUA SERVICE COMERCIAL E INDUSTRIAL DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$125.126,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “f” e “e”; e inciso VIII, “a”, 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, 27 de maio de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADOR