

A.I. Nº - 2788680001/12-2
AUTUADO - CAMBUCI S/A
AUTUANTE - JOSÉ MARCELO PONTES
ORIGEM - IFEP/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12.12.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0195-02/18

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO SUCESSIVA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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, e confirmada em outra revisão efetuada pela ASTEC/CONSEF, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração parcialmente subsistente. 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. Infração subsistente. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 04/06/2012, exige crédito tributário no valor histórico de R\$1.074.344,32, acrescido da multa de 60%, pela constatação das seguintes infrações.

INFRAÇÃO 01 – 07.14.03 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal.

Demonstrativos da apuração dos valores aqui cobrados constam das planilhas do arquivo transportes_itabuna.xlsx, anexado ao auto de infração em mídia magnética (CD). Fonte de dados: registro 70 de arquivos informados à SEFAZ pelo contribuinte, segundo convenio ICMS 57/95. Arquivos SINTEGRA referentes a 2009/2010, fonte de dados, estão anexados ao auto de infração em mídia magnética (CD). Período: janeiro a março, agosto a dezembro de 2009 e janeiro a dezembro de 2013. Valor do ICMS exigido R\$1.069.893,20, acrescido de multa no percentual de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 02.04.03 – Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários.

Demonstrativos da apuração dos valores aqui cobrados constam das planilhas do arquivo refeições_itabuna.xlsx, anexado ao auto de infração em mídia magnética (CD). Fonte de dados: registro 50/54/75 de arquivos informados à SEFAZ pelo contribuinte, segundo convenio ICMS 57/95.

Arquivos SINTEGRA referentes a 2009/2010, fonte de dados, estão anexados ao auto de infração em mídia magnética (CD). Período: outubro a dezembro de 2009 e fevereiro, maio, julho a outubro e dezembro de 2013. Valor do ICMS exigido R\$4.451,12, acrescido de multa no percentual de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuado impugna o lançamento, fls. 38 a 59, apresentando o arrazoadado de defesa conforme relato a seguir.

Inicialmente identifica-se como pessoa jurídica de direito privado, conhecida sob o nome de fantasia “PENALTY”, cujo objetivo social é a industrialização, comercialização, importação, exportação e representação de artigos esportivos e produtos em geral destinados a prática de esportes e atividades recreativas, fios, tecidos, armarinhos, artigo de vestuário, bolas, chapéus, calçados e acessórios de qualquer espécie, dentre outras atividades ligadas a fabricação de produtos esportivos.

Relata as infrações constantes do presente auto de infração e afirma que demonstrará que es mesmas não merecem prosperar, infrações estas, que são as mesmas constantes do auto de infração nº 278868.0002/12-9, lavrado contra sua filial de CNPJ nº 61.088.894/0028-28, motivo pelo qual entende ser imprescindível a reunião dos processos para não haver decisões discrepantes.

Requer a realização de perícia técnica.

Diz que a primeira acusação se baseia nos artigos 380 e 382 do RICMS de 1977, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, textos que transcreve e cita que os mesmos dispositivos estão contemplados na Lei nº 7.014/96.

Adverte que as normas citadas, violam o Convênio ICMS 25/1990, ao qual aderiram todos os estados. Transcrevendo a texto da Cláusula segunda destaca que no caso de transporte de carga interestadual, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, somente poderá ser atribuída ao remetente, quando o transportador não possuir inscrição no Estado.

Assegura que dos arquivos que integram o auto de infração, em especial o relatório de operações efetuadas em 2009 e 2010, demonstram que todas as operações de transporte foram realizadas por transportador inscrito no Estado da Bahia, cujo número de inscrição de cada um consta associado ao Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC no referido relatório.

Conclui que é evidente que a exigência é descabida, pois a responsabilidade pelo pagamento do imposto não poderia lhe ser atribuída com vistas ao que estabelece o Convênio ICMS 25/90.

Afirma que o mesmo tratamento deverá ser dado a infração 02, pois o diferimento do ICMS, segundo diversas doutrinas, é uma procrastinação do lançamento e recolhimento do tributo.

Explica que embora tenha realizado o fato gerador da obrigação tributária, que no caso se concretiza com a saída da mercadoria, não se vê obrigada ao recolhimento do tributo, pois, desonerado de tal obrigação, por força normativa, repassa para a etapa seguinte, ou seja, ao adquirente que fará o recolhimento do imposto somente quando ocorrer a saída do produto por ele adquirido, portanto não se trata de benefício, mas de uma transferência de pagamento para uma etapa posterior.

Reproduz o art. 7º da Lei nº 7.014/96, para realçar que a lei condiciona o diferimento a existência de uma etapa posterior, disposição esta que não é observada pelo RICMS/97, consoante determina o artigo 343, que balizou a autuação.

Aduz que não pode haver diferimento, no caso em lide, pois adquire refeições para consumo de seus funcionários, dessa forma, se considera consumidora final das mercadorias, não havendo ciclo econômico posterior a aquisição de refeições para consumo de seus funcionários, não sendo, portanto, possível diferir o pagamento do imposto.

Ressalta que segundo o que determina o artigo 5º da Lei nº 7.014/96, que transcreve, e a Lei Complementar nº 87/96, entende não ser contribuinte do ICMS para este fim, haja vista que falta preencher a condição de habitualidade e volume capaz de caracterizar operação comercial, visto que não realiza operação de circulação de refeições, devendo ser afastada também a infração 02.

Passando a discutir o mérito das acusações, aduz que em observância ao Convênio ICMS 25/90, o imposto devido pelo serviço de transporte interestadual foi devidamente recolhido pelas transportadoras contratadas.

Exemplifica o que diz estar patente nos arquivos anexados e gravados em mídia pela fiscalização, o caso da Transportadora Expresso Araçatuba, CNPJ nº 57.692.055/0022-51, Inscrição Estadual – EI nº 100.913.164, inclusa nos citados arquivos que motivaram a autuação, onde os CTRC listados indicam que ocorreu destaque o ICMS devido nas operações de transporte.

Assinala que o fato demonstra o equívoco cometido pela fiscalização.

Acrescenta outro exemplo, referente a apuração de saídas, de apuração e DAEs da Transportadora Expresso, JFW Transportes Ltda., CNPJ nº 03.162.135/0006-56 e IE nº 077.883.182, onde comprova-se que os CTRC indicados na autuação são os mesmos escriturados pela transportadora nos seus registros de saídas (Doc. 11), que integram a composição do valor final das operações do período (Doc. 12) e sobre o qual foi calculado e pago o ICMS, conforme DAEs anexos (Doc. 13).

Destaca que por se tratar de mais de 100.000 CTRC, além de livros de registro e apuração e outros documentos, não apresentará nesta fase, por ser inviável, cujo exame deveria ter sido melhor realizado pelo Autuante.

Defende que a autuação cobra o pagamento do imposto que não cabe ao Estado da Bahia exigir por se tratar de operações de serviços de transportes contratadas entre outras unidades da Federação, exemplificando o caso de ter contratado o serviço de transporte de sua sede na Bahia para o Estado de São Paulo e deste, contratou outro serviço de transporte para entregar as mercadorias no local destinado, caracterizando duas operações. Na primeira operação o ICMS foi destacado e recolhido pela transportadora, na segunda ocorreu um redespacho e outra empresa foi contratada para prestar o serviço, descabendo o pagamento do ICMS para a Bahia.

Apresenta tabela ilustrativa de casos onde ocorreram as duas operações, cujas informações foram apresentadas ao Autuante e constam dos arquivos do SINTEGRA.

Alerta que o Estado da Bahia não tem competência para exigir o ICMS sobre serviços de transportes contratados em outro Estado pois, fere o artigo 11 da Lei Complementar nº 87/96, portanto, entende que deve ser afastada a cobrança do imposto nestes casos.

Acrescenta que conhece o instituto da Substituição Tributária, entretanto, ressalta, este instituto não visa a dupla cobrança do imposto face um mesmo fato gerador, um recolhimento efetuado pelo substituto e outro pelo substituído.

Frisa que o imposto, cobrado no presente auto de infração através da retenção e recolhimento pelo substituto tributário, foi recolhido pelas próprias empresas prestadoras dos serviços de transportes, assim o fato que importa é que o tributo foi recolhido, procedimento que entende se tratar de “*lapso formal*”, que não causou prejuízo ao Fisco, cuja cobrança pode ocasionar enriquecimento sem causa do Estado, portanto, devem ser considerados todos os valores recolhidos.

Defende que o seu comportamento, assim como o dos supostos substituídos se fundaram na boa-fé, ou seja, não ocorreu a retenção do imposto, porque a transportadora contratada pagou o imposto devido.

Pugna pelo afastamento da multa, conforme permite o art. 159 do RPAF/99, case se mantenha procedente a autuação, haja vista a boa-fé já demonstrada na interpretação do Convênio ICMS 25/90.

Grifa que relativamente a infração 02, o Autuante se equivocou ao aplicar a alíquota de 17% na cobrança do ICMS sobre as refeições, indistintamente, haja vista que não foi observado que a maioria dos fornecedores de refeições são micro e pequenas empresas, casos que não se aplicam a alíquota de 17% no cálculo do ICMS.

Cita e transcreve o teor do artigo 18 da Lei Complementar nº 123/2006, para destacar que no caso de microempresas e empresas de pequeno porte, o cálculo do ICMS é feito de forma escalonada, conforme Anexo I.

Diz que o Autuante, não verificou a condição das empresas fornecedoras de refeição no que concerne a sujeição das mesmas à Lei Complementar nº 123/2006, aplicando indistintamente a alíquota de 17%.

Defende que no caso em questão, deve prevalecer o que determina a referida Lei Complementar, pois, o diferimento ocorre em relação a operação anterior, se não observado, haveria violação ao disposto na Lei Complementar nº 123/2006 que dispensa tratamento diferenciado as microempresas e empresas de pequeno porte ferindo o princípio da isonomia, já que outros contribuintes, para os quais não se aplica o diferimento, as refeições seriam tributadas com valores reduzidos.

Defende que deve ser cobrado o imposto com a alíquota de 17%, aplicável somente a empresas não enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte, portanto, é necessária a análise de cada uma das empresas fornecedoras de refeições para definir a alíquota aplicável, caso se entenda ser cabível a cobrança do ICMS diferido.

Requer a realização de perícia em razão de constatar que o Autuante deixou de analisar mais de 100.000 cópias de documentos que comprovam o quanto está sendo defendido e que a prova somente poderá ser produzida por meio de perícia a ser realizada nos registros das transportadoras que prestaram serviços de transportes assim como verificar a alíquota aplicável ao cálculo do ICMS nas aquisições de refeições.

Defende a observância ao princípio da verdade material e da ampla defesa no processo administrativo fiscal, consoante o art. 2º da RPAF/99.

Justifica a realização da perícia em razão da grande quantidade de documentos, livros fiscais de inúmeras empresas, cuja apresentação entende impossível.

Diz que os documentos juntados a presente defesa comprovam que os argumentos apresentados atestam o pagamento do imposto reclamado, não se tratando de simples argumentação.

Explica que o pedido se pauta no disposto nos artigos 145 e 147 do RPAF/99, que transcreve e adverte que sem a perícia não se poderá apurar os valores pagos pelas transportadoras em observância ao Convenio ICMS 25/90.

Lista os seguintes documentos a serem analisados pela perícia:

- 1- Registro de Saídas das prestadoras de serviços de transportes (infração 01);
- 2- Registro de Apuração do ICMS das prestadoras de serviços de transportes (infração 01);
- 3- Conhecimento de Transportes Rodoviários de Cargas – CTTC, objeto da autuação (infração 01);
- 4- Declaração Anual de Apuração do ICMS – DMA das prestadoras de serviços de transportes (infração 01);
- 5- SINTEGRA das prestadoras de serviços de transportes (infração 01);
- 6- Resumo cadastral das fornecedoras de refeições (infração 02);
- 7- Outros documentos cuja análise seja necessária para verificação do imposto recolhido ou eventualmente devido.

Indica como assistente técnico para acompanhar os trabalhos periciais a Sra. Maria José Carvalho, RG 18893065-6, CPF nº 085.911.758-83.

Apresenta os seguintes quesitos a serem respondidos pela perícia relativamente a infração 01:

- a) Os valores cobrados no auto de infração foram recolhidos aos cofres pela Autuada ou pelas empresas contratadas para fazer o transporte de suas mercadorias?

- b) Os valores descritos nos CTRE (base de cálculo, alíquota e ICMS devido) indicados neste auto de infração são os mesmos constantes nos CRTRE registrados nos livros de saídas das empresas que prestaram serviços a Autuada?
- c) De acordo com o livro Apuração do ICMS destas empresas, acompanhadas dos respectivos DAEs, é possível afirmar que os valores do imposto apurado foram pagos? Em sendo negativa a resposta, por que tal constatação não é possível?
- d) Tendo ocorrido o pagamento do imposto pelas empresas transportadoras, houve algum prejuízo ao Estado da Bahia?
- e) Quais são os CTRE relativos às operações contratadas em outra unidade da Federação?

Quanto a infração 02, os quesitos apresentados são os seguintes:

- a) Quais são as empresas que fornecem refeições a Autuada?
- b) Pelos registros da Secretaria da Fazenda da Bahia, é possível verificar se tratam de empresas que aderiram ao Simples Nacional?
- c) Qual o faturamento de cada uma dessas empresas?
- d) Com base nessas informações, qual seria a alíquota do ICMS diferido?
- e) Qual a alíquota e o valor do ICMS que deveria ser exigido pelo Estado da Bahia em cada uma dessas operações, considerando a Lei Complementar nº 123/2003?

Declara que disponibilizará todos os documentos a serem analisados tão logo seja deferida a perícia.

Por fim requer:

- 1- A reunião deste processo com o de PAF nº 278868.0002/12-9;
- 2- Que sejam acatadas as preliminares apresentadas;
- 3- O reconhecimento, no mérito:
 - i. Da impossibilidade de exigência do ICMS sobre serviço de transporte contratado em outra unidade da Federação;
 - ii. De que o ICMS diferido deveria ser calculado com alíquotas previstas na Lei Complementar nº 123/2003;
 - iii. De que o restante dos valores exigidos neste auto de infração já foi pago pelas transportadoras contratadas;
- 4- Que a multa seja afastada, pela ausência de má-fé, pela observância do Convênio ICMS 25/90, caso seja mantida a autuação.

O Autuante presta a informação fiscal às fls. 1.900 a 1.911 apresentando os argumentos a seguir.

Informa que o RICMS/97, nos artigos 380 e 382, determina a transferência para o tomador do serviço de transporte a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às prestações sucessivas por ele recebidas, independente da prestadora do serviço ser inscrita ou não no cadastro do Estado da Bahia, exigindo apenas que a tomadora seja contribuinte inscrito na condição normal (conta corrente fiscal), descabendo a arguição de que os citados dispositivos legais, que sustentam a infração 01, desrespeitam o Convênio ICMS 25/90.

Afirma que a Autuada comunga do mesmo entendimento quanto aos dispositivos do RICMS/97, entretanto, interpreta o Convênio ICMS 25/90 equivocadamente, levando a uma falsa conclusão de que o Estado não poderia transferir tal responsabilidade para o prestador, quando este for inscrito no seu cadastro de contribuinte, estando assim, diante de uma contradição entre as normas.

Esclarece ainda que essa aparente antinomia deriva da interpretação equivocada do Convênio ICMS 25/90 por parte da Autuada. O texto legal deve ser interpretado com cautela para não trazer para carrear algo que não fora dito pelo legislador.

Comenta que o Convênio ICMS 25/90 faculta ao Estado, onde se inicia a prestação de serviço de transporte, a prerrogativa de impor ao tomador do serviço a responsabilidade pelo imposto devido, no caso da prestadora não possuir inscrição no seu cadastro de contribuinte.

Observa ainda que o Convênio nada diz a respeito de prestadora que possua inscrição estadual no Estado, onde se inicia a prestação de serviço de transporte, deixando a critério de cada estado estabelecer na legislação. Portanto, conclui que a correta interpretação dos textos legais do RICMS/97 e do Convênio 25/90, revela uma falsa antinomia alegada pela defesa.

Conclui, dessa forma que à luz dos artigos 380 e 382 do RICMS/97, todas as empresas prestadoras de serviço de transporte arroladas no auto de infração, detentoras de inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia ou não, são consideradas contribuintes substituídos, configurando a tomadora do serviço e a Autuada, como contribuinte substituto e, portanto, responsável pelo pagamento do imposto devido.

Com referência a alegação da Autuada de que a substituição tributária só se aplica quando a mercadoria comercializada continua a participar do ciclo mercantil, isto é, tem uma saída posterior, o que no seu entendimento, não ocorre na aquisição de refeição para consumo por parte dos seus funcionários, pois, não há saída do produto por ela adquirido, haja vista tratar-se de um consumidor final, evocando o art. 7º da Lei nº 7.014/96, bem como o art. 343 do RICMS/97, manifestando uma incompatibilidade entre o RICMS/97 e a Lei nº 7.014/96 no que tange à condição prevista para dar-se o diferimento do imposto, depois de transcrever o teor do art. 7º da Lei nº 7.014/96, os artigos 343 e 342 do RICMS/97, informa que a expressão “etapa posterior” citada no art. 343 do RICMS/97 é esclarecida pelo art. 342 do mesmo RICMS e denota ser determinada operação, prestação ou evento expressamente previsto pela legislação.

Esclarece que no caso em discussão, esse evento é a entrada no estabelecimento do adquirente de refeições para consumo por parte de seus empregados. Destaca que os vários incisos do art. 343 do RICMS/97 preveem diversas circunstâncias que se aplicam a substituição tributária, situações essas, associadas a eventos que não estão limitados à simples saída de mercadoria, portanto diz se tratar de mais um equívoco de interpretação.

Lembra que a Autuada alega na sua defesa que o imposto cobrado neste auto de infração fora recolhido pelas empresas transportadoras contratadas, exemplificando os casos da empresa Transportadora Expresso Araçatuba, bem como da empresa JFW Transportes Ltda. Sobre tal argumento, assevera não valer consideração, haja vista que os elementos trazidos na defesa comprovam que a empresa transportadora, prestadora do serviço, cumpriu com suas obrigações acessórias condizentes com os documentos emitidos. Entretanto, quanto ao adimplemento da obrigação principal, somente uma auditoria meticulosa daria a possibilidade de assegurar que os valores destacados a título de ICMS nos documentos apontados na defesa foram efetivamente recolhidos pela empresa prestadora, implicando num trabalho difícil de ser realizado por se tratar de empresa estabelecida em outra unidade federativa.

Quanto ao argumento da defesa de que no cálculo do imposto devido pela infração 01, foram incluídos conhecimentos de transporte relativos a prestações que se iniciaram em outra unidade da Federação, sendo portanto, indevido recolhimento do imposto para o Estado da Bahia, esclarece que a informação de início de prestação do serviço consta do arquivo SINTEGRA utilizado nos levantamentos, mas foi desconsiderada quando da lavratura do auto de infração.

Reconhece que esses conhecimentos de transporte realmente constam do cálculo do imposto devido, referente à infração 01. Entretanto, registra que a autuada omitiu na tabela apresentada as informações de alíquota e de imposto devido dos conhecimentos emitidos pela empresa com CNPJ nº 88.085.485/0049-59.

Nos documentos acostados pela própria Autuada, verifica-se que há o destaque do imposto nesses conhecimentos, com a aplicação da alíquota de 12%. A cópia do conhecimento nº. 772408 encontra-se à fl. 1.843; do 772409, à fl. 1.845; do 772410, à fl. 1.847; do 772411, na fl. 1.849; e finalmente do 772412, à fl. 1.851.

Complementa que a Autuada comete outro equívoco ao interpretar os dados do SINTEGRA, pois o conteúdo do campo 05 do registro tipo 70 informa a sigla da unidade da Federação do emitente do documento, e que não guardando relação alguma com o local de início da prestação do serviço.

Junta excertos do resultado de consulta realizada no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da Receita Federal, obtido com aquela inscrição coletada pela autuada no universo das operações de prestações contempladas neste auto e listadas na defesa, donde se conclui que a empresa com CNPJ nº 88.085.485/0049-59 encontra-se ativa, estabelecida no Município de Guarulhos-SP, portanto, a localização do estabelecimento confere com a informação contida no campo 05 da base de dados SINTEGRA, e consta do relatório, demonstrando o equívoco da Autuada que considera essa informação como local de origem da prestação.

Enfatiza que o disposto nos artigos 380 e 382 do RICMS/97, são claras e impositivas determinando a transferência da responsabilidade pelo recolhimento do imposto para o tomador do serviço, não cabendo aos contribuintes agirem de forma diversa, portanto a justificativa da defesa em afirmar que as empresas transportadoras recolheram o tributo devido não se sustenta, pois a obrigação tributária não pode ser objeto de ajustes interpretativos, tal entendimento viola o disposto no artigo 123 do CTN, que reproduz. Portanto, os valores recolhidos pelas transportadoras prestadoras de serviço foram pagamentos indevidos, como dispõe o inciso II do artigo 165 do CTN, as transportadoras que efetuaram recolhimentos pelos serviços prestados têm direito à restituição do indébito.

Declara que o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme previsto no art. 386, inciso I, c/c o art. 343, inciso XVIII, e art. 349, todos do RICMS/97, que reproduz, demonstrando que não encontra respaldo a arguição de defesa que na apuração do valor devido para a infração 02 foi aplicada indevidamente a alíquota de 17%. Sendo a maioria dos fornecedores de refeições micro e pequenas empresas, não sendo aplicável a alíquota de 17%, conforme prevê a Lei Complementar nº 123/2006, haja vista que a opção pelo Simples Nacional por parte dos fornecedores de refeições, não alcança o substituto, portanto, mantém como devida a infração 02.

Entende não existir no auto de infração nenhum elemento motivador que suscite a realização de perícia, ou mesmo de diligência.

Destaca que a Autuada a partir de julho de 2012 passou a recolher o ICMS com código de receita 1632, ou seja, imposto decorrente de substituição tributária nas prestações de serviço de transporte demonstrando ser devido o imposto aqui cobrado.

Complementa que o CONSEF se posicionou-se pela manutenção de crédito constituído em auto de infração similares conforme Acórdãos JF nº 0237-01/11 e JF nº 0278-05/11.

Em 19/03/2013, fl. 1.976, os membros de 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidem converter o processo em diligência à INFAZ de origem, semelhante ao procedimento adotado pela 3ª JF quando da análise do PAF nº 278868.0002/12-9, para que o Autuante adotasse a seguinte providência:

“Intimar o Autuado para que apresente planilha nos mesmos moldes da planilha “Substituição Tributária por Antecipação” constante no CD que lhe fora entregue em 06/07/2012, fl. 100, 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 CTCs, Ressalta-se que na ocasião deverá ser entregue, mediante recibo, cópia do presente despacho, bem como ser informada a concessão de prazo de dez dias para atendimento.”

Intimada a apresentar planilha conforme diligência, cujo prazo para atendimento fora prorrogado a Autuada apresenta *“planilhas que indicam quais foram as operações de transporte interestadual de mercadorias que tiveram início e foram contratadas fora do Estado da Bahia”,*

juntando cópias de CTCRs por amostragem lembrando que existem seis processos discutindo a mesma questão que contam com documentos envolvidos na ordem de 200 mil cópias.

Se coloca à disposição do fisco para esclarecer dúvidas e volta a requerer o cancelamento da cobrança.

O Autuante após as análises, informou que, de posse dos documentos, efetuou as devidas correções no levantamento fiscal, conforme as planilhas acostadas às fls. 2.932 a 2.938, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 2.939 dos autos, onde altera o valor da Infração 01 de R\$1.069.893,20 (fl. 02) para R\$1.068.066,67 (fl. 2.938).

Cientificado do novo valor do débito apontado para a Infração 01, a Autuada às fls. 2.947 e 2.948, trouxe considerações aos autos contestando o novo valor apontado, ao tempo que registra que está entregando todos os CTCRC que possui (em 01 caixa) à repartição Fazendária, para que sejam analisados pelo fiscal Autuante.

Para prestar nova informação fiscal frente a última manifestação da Autuada, foi designado outro Auditor fiscal, tendo em vista que o Autuante encontrava-se em gozo de licença-prêmio.

Na informação fiscal apensa aos autos às fls. 16.094 a 16.099, diz que efetuado os exames nos CTCRs originais de fls. 2.950 a 16.092 e no levantamento fiscal impresso de fls. 2.932 a 2.938, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 2.939 dos autos, apura novo valor para a Infração 01 de R\$1.032.273,32, conforme o demonstrativo de débito de fl. 16.099, extraído da planilha denominada “APURAÇÃO DO ICMS DEVIDO DECORRENTE DA PRESTAÇÃO SUCESSIVA DE TRANSPORTE INTERESTADUAL” acostado aos autos às fls. 16.100 a 16.122 e constante do CD/Mídia de fl.16.123.

Intimada através de Termo de Intimação de fl. 16.124 dos autos, a tomar ciência do resultado do exame dos documentos e do novo valor apontado para a Infração 01, apresenta nova manifestação fls. 16.129 a 16.133, alegando ou mesmo contrapondo considerações anteriormente explicitadas em manifestações já apresentadas.

Declara que não merecer prosperar os novos cálculos apresentados pela Fiscalização, pelo fato de não ter sido excluído do levantamento as operações realizadas pelas transportadoras que possuem filiais no Estado da Bahia, descumprindo o Convenio ICMS 25/90; e posteriormente, pelo fato de não ter sido excluído as operações contratadas com outras unidades da Federação.

Em sede de nova informação fiscal, o mesmo Auditor Fiscal estranho ao feito que desenvolveu a última informação fiscal, cujo resultado apurou o débito de R\$1.032.273,32 (fl. 16.099) se posicionou em contraposição aos questionamentos da Autuada, conforme segue.

Em relação a arguição de que não foi excluída as operações contratadas com outras unidades da Federação, afirma que o levantamento foi minucioso, sendo excluído do levantamento todas as operações que se iniciaram em outros Estados, não procedendo, portanto, a alegação da Autuada que consta ainda no levantamento operações iniciadas em outras unidades da Federação.

Quanto a arguição de não ter sido excluído do levantamento as operações realizadas pelas transportadoras que possuem filiais no Estado da Bahia, descumprindo o Convenio ICMS 25/90, rebate, reproduzindo parte da informação fiscal prestada pelo Autuante às fls. 1.900 a 1.911, que competentemente contesta este argumento.

Em 17/12/2015 às fls. 16.150 e 16.150-v a 2ª JJF, decide converter o processo em nova diligência à ASTEC/CONSEF, para que fiscal estranho ao feito realize, in loco no estabelecimento, uma revisão fiscal nos seguintes termos:

- 1. Intimar o autuado a apresentar planilha, informando quais prestações de serviços de transportes (CTRCs) que foram originadas em outra unidade da Federação, e que ainda figuram do levantamento do Autuante às fls. 16.100/16.122 e constante do CD/Mídia de fl.16.123.*
- 2. Após o atendimento do item anterior por parte do autuado, proceder a conferência, tomando por base as cópias dos CTCRCs que já se encontram no processo e/ou em poder do autuado.*

3. *Ao final, se cabíveis, efetuar as devidas alterações no levantamento fiscal de fls.2.932 a 2.938, informando o real do débito a ser mantido, se for o caso.*

Também recomenda que deverá ser cientificado o sujeito passivo sobre os novos elementos anexados ao processo pelo revisor fiscal por força da nova diligência, para querendo se manifestar.

A ASTEC/CONSEF designa o Auditor Fiscal para cumprir a diligência, que declara no PARECER ASTEC nº 0042/2018 (fls. 16.152 a 16.156): *“Ao iniciar o desenvolvimento dos trabalhos de diligência constatei que os elementos integrantes do presente processo, como demonstrativos, planilhas e cópias de notas fiscais (Conhecimento de Transportes) acostadas aos autos, apresentavam-me como suficientes para manifestar quanto ao real débito a ser mantido para Infração 01, porquanto o levantamento fiscal de fls. 16.099/16.122.”*

Continua relatando que desenvolveu Termo de Intimação, por meio de e-mail, ao sujeito passivo, através dos seus representantes legais constituídos, Dra. Fabiana Rodrigues Rocha – OAB-BA 16.784 – e-mail: fabiana.rocha@penalty.com; juridico@cambuci.com.br, conforme os termos que descreve.

Relata várias tentativas junto aos representantes da Autuada, no sentido de fazer cumprir com fidelidade ao quanto solicitado no pedido de Diligência da 2ª JF, sem que tenha logrado êxito ao quanto solicitado pelo i. Relator Julgador da 2ª JF, José Carlos Bacelar.

Declara que desenvolveu procedimentos de verificação no último trabalho de diligência desenvolvido pelo Fiscal estranho ao feito, cujo resultado apurou o débito de R\$1.032.273,32.

Diz que relativamente a arguição de que não foi excluído as operações contratadas com outros Estados da Federação, verificou nas operações remanescentes da autuação que dão origem ao valor apurado do débito de R\$1.032.273,32, correlacionando com os documentos que fazem parte dos autos, não identificando qualquer operação de transporte, que se tenha iniciado em outro Estado, e que por isso não deveria constar do levantamento remanescente.

Grifa que informou a Autuada que encontrava-se à sua disposição, para qualquer consulta e verificações, todos os 40 volumes integrantes dos autos, sendo que até a data de finalização do parecer não foi procurado por nenhum representante.

Quanto a arguição da defesa relativamente *“...a não ter sido excluído do levantamento as operações realizadas pelas transportadoras que possuem filiais no Estado da Bahia, descumprindo o Convenio ICMS nº 25/90”*, diz se tratar de questão de mérito, portanto foge a alçada do trabalho do diligente da ASTEC traçar qualquer comentário, apenas destaca o que apurou como devido o mesmo valor débito de R\$1.032.273,32, resultante dos exames realizados pelo Auditor Fiscal Diligente estranho ao feito, no parecer às fls. 16.094 a 16.099.

Responde ao item 3 do pedido de Diligência, ou seja, informar o real valor do débito remanescente da autuação, destaca que se associa ao relatório do resultado de diligência desenvolvido pelo Fiscal diligente estranho ao feito, em que apura um débito remanescente de R\$1.032.273,32 na forma da planilha de fl. 16.099, e demonstrativo de fls. 16.100 a 16.122, que faz parte integrante do CD/Mídia à fl.16.139 dos autos.

Intimada a tomar ciência do resultado da diligência, a Autuada silenciou.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo duas infrações referentes a acusação que descumpriu obrigação tributária principal conforme já descrito.

Examinando os autos, constato que o PAF está assente com o RICMS/2012 e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento tributário resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados nos autos.

Dessa forma, considerando que a cópia do auto de infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto, foram entregues ao contribuinte; na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido os dispositivos do RPAF/99; a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais, emitidos na forma e com os requisitos legais e está determinada com segurança, bem como identificado o infrator. Portanto, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Não acolho o pedido da Autuada para que se proceda a reunião deste processo ao Auto de Infração nº 2788680002/12-9, lavrado contra sua filial, sobre a mesma irregularidade imputada neste PAF, para que não sejam proferidas decisões discrepantes.

O pedido não se sustenta por total falta de motivação objetiva, pois ao examinar os autos não vislumbro qualquer dificuldade nem a possibilidade de cobrança em duplicidade.

Não está caracterizado prejuízo a Autuada, tampouco a existência de dificuldades adicionais para o exercício do pleno direito de defesa pelo fato de ter sido lavrado mais de um Auto de Infração tratando da mesma matéria, desde que os processos estejam consoantes com as normas que regem o Processo Administrativo Fiscal.

A defesa preliminarmente suscita ilegitimidade de parte da exigência do imposto por falta de retenção e recolhimento do ICMS sobre serviço de transporte interestadual, na qualidade de substituto, por estar a autuação baseada nos artigos 380 e 382 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, pois entende que as normas que atribuem sujeição passiva, por substituição, ao tomador do serviço de transporte, violam frontalmente o Convênio ICMS 25/90, ao qual o Estado da Bahia aderiu.

O argumento não tem respaldo, haja vista que o presente Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária aplicada a matéria, motivo da autuação. Quanto ao argumento de que as normas do RICMS/97, já citados, que atribuem sujeição passiva ao tomador do serviço de transporte desrespeitam o Convênio ICMS 25/90 será abordado oportunamente quando da análise do mérito.

Indefiro o pedido para realização de perícia com fundamento no art. 147, inciso II, do RPAF-BA/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. Registre-se que foi realizada revisão fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito, cujo resultado e conclusão foi dado conhecimento a Autuada o mesmo tendo ocorrido quando da realização de diligência revisional pela Assessoria Técnica do CONSEF, também de conhecimento da Autuada.

Passando a analisar o mérito, constato que a infração 01 trata da 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, nos períodos já indicados no relatório.

A Autuada alega que de acordo com os arquivos que integram o Auto de Infração e que se encontram gravados em mídia, apensa aos autos, todas as operações de transporte que deram origem à autuação foram realizadas por transportadoras inscritas no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, cujos números de inscrições estaduais de cada prestadora do serviço de transporte, data da operação e número do respectivo Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC, constam do aludido relatório e deveria ter sido verificado pelo Autuante.

A seguir abordo o entendimento externado na defesa de que as normas que atribuem sujeição passiva ao tomador do serviço de transporte afrontam o Convênio ICMS 25/90, ao afirmar que “a responsabilidade pelo pagamento do imposto **apenas** poderá ser atribuída ao remetente, quando o transportador não possuir inscrição no Estado.” (Grifei) e, portanto, o Estado da Bahia não poderia transferir tal responsabilidade para o tomador do serviço de transporte, quando os prestadores do serviço estiverem inscritos no seu cadastro de contribuinte, estando assim, diante de uma incoerência entre o Convênio e o RICMS/97.

Reproduzo a seguir o que determina a Cláusula segunda do Convênio ICMS 25/90.

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

I - ao alienante ou remetente da mercadoria, exceto se microempreendedor individual ou produtor rural. (Redação dada pelo Conv. ICMS 132/10, efeitos a partir de 01/11/10)

II - ao depositário da mercadoria a qualquer título, na saída da mercadoria ou bem depositado por pessoa física ou jurídica; (Redação dada Conv. ICMS 132/10, efeitos a partir de 01/11/10)

III - ao destinatário da mercadoria, exceto se microempreendedor individual ou produtor rural, na prestação interna.

Da leitura dos dispositivos transcritos, constata-se que o texto legal não faz uso da expressão “*apenas*”, deixando claro que a Autuada a inseriu na busca de consolidar o convencimento do seu entendimento, pois não há dúvidas de que o Convênio faculta ao Estado, onde se inicia a prestação do serviço de transporte, a prerrogativa de impor ao tomador do serviço, a responsabilidade pelo imposto incidente nas operações, caso a prestadora não possua inscrição no seu cadastro de contribuintes.

Ademais, a caracterização das situações em que deve ser realizada a substituição tributária do ICMS, bem como, a definição da atribuição da responsabilidade pelo seu pagamento, são expressas nos artigos 5º, 6º e 7º da Lei Complementar nº 87/96, transcritos a seguir.

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.

(...)

§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.

No que lhe concerne, a Lei nº 7.014/96 em seu art. 8º, inciso V, atribui 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 este proceder a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados.

Já o RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, nos artigos 380 e 382, disciplina a matéria conforme textos reproduzidos a seguir.

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:

I - sendo o serviço prestado por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste Estado (Conv. ICMS 25/90):

a) o remetente ou alienante das mercadorias, se for estabelecimento inscrito na condição de contribuinte normal ou especial, e desde que seja ele o contratante do serviço;

(...)

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:

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.

Como se conclui dos dispositivos legais citados, tanto da Lei Complementar nº 87/96, da Lei nº 7.014/96 e do RICMS/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.

Destarte, não acato a alegação da defesa de ilegitimidade passiva, ressaltando-se que a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição, exclui a do contribuinte substituído.

O instituto da Substituição Tributária, através do seu mecanismo de responsabilização, propicia uma arrecadação mais inteligente, mediante melhoria do controle fiscal e simplificação de processos operacionais. Com efeito, o sujeito ativo utiliza da transferência da responsabilidade tributária para concentrar a arrecadação em um número menor de contribuintes, sobre os quais recai o encargo de recolher todo o imposto incidente desde a primeira até a última etapa da operação com mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Acolher a solicitação da Autuada para intimar e/ou fiscalizar cada uma das empresas transportadoras prestadoras de serviços, é contrariar todo o esforço do Estado e contrariar o propósito da legislação que procura evitar que o fisco obtenha documentos junto as inúmeras empresas que prestaram serviço a Autuada, o que ocasionaria grandes dificuldades, impossibilitando a apuração do imposto devido. Se a Autuada tivesse apresentado comprovação de recolhimento do imposto, tais valores poderiam ser excluídos do levantamento fiscal, o que não ocorreu.

Com referência a alegação de que houve recolhimentos do imposto pelas transportadoras, não vislumbro como prosperar tal argumento, posto que a legislação tributária, conforme já mencionado nos casos de prestações sucessivas de serviço de transporte, atribui ao tomador dos serviços a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto devido. Dessa forma, resta configurada a exclusão da responsabilidade do contribuinte substituído.

Outra alegação defensiva aduz que nos cálculos do imposto exigido na infração 01, foram incluídos conhecimentos de transporte inapropriados, entendendo que muitos serviços de transportes contemplados na autuação tiveram seu início de prestação do serviço em outra unidade da Federação, sendo, portanto, indevido o seu imposto para o Estado da Bahia.

Sobre esta alegação, esclarece o Autuante que houve na verdade, uma interpretação equivocada da leitura dos dados constantes do arquivo SINTEGRA. O equívoco da Autuada se concentra na interpretação do dado constante no campo 05 do registro tipo 70 do arquivo SINTEGRA. O Autuante demonstra que o conteúdo do campo 05 do registro tipo 70 informa a sigla da unidade da Federação de domicílio do emitente do documento, e que não guarda relação alguma com o

local de início da prestação do serviço. Mesmo assim, o PAF foi convertido em diligência a INFAZ de origem para analisar dentre outros aspectos, este ponto especificamente.

Na sequência, em sede da primeira revisão realizada por Auditor estranho ao feito foram efetuadas as devidas exclusões dos CTCRs da planilha “SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO”, ou seja, aqueles CTCRs que contemplaram serviço de transporte iniciado em outra unidade da Federação, reduzindo o valor exigido na infração 01 para R\$1.032.273,32, conforme o demonstrativo de débito à fl. 16.099.

Ao ser cientificada da revisão, a Autuada se manifesta inconformada com o novo valor apurado, fato que justificou nova revisão fiscal.

Posteriormente os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando que o procedimento fiscal, para gozar de presunção de legitimidade, e atender aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, deve estar instruído com todos os elementos de provas, determinou a conversão do processo à ASTEC/CONSEF, para que outro Auditor Fiscal estranho ao feito realize, in loco no estabelecimento, uma revisão fiscal nos termos especificamente dispostos.

A diligência textualmente determina que o Auditor diligente deve “*Intimar o Autuado a apresentar planilha, informando quais prestações de serviços de transportes (CTCRs) que foram originadas em outra unidade da Federação, e que ainda figuram do levantamento do Autuante às fls. 16.100/16.122 e constante do CD/Mídia de fl.16.123*”.

Procedimento, este fielmente cumprido pelo Auditor diligente, sem que a Autuada tenha apresentado qualquer documento solicitado. Mesmo assim, foi procedida uma minuciosa revisão dos documentos e levantamentos fiscais resultando no débito remanescente para a infração 01 no valor de R\$1.032.273,32 na forma do demonstrativo às fls. 16.100 a 16.122, que faz parte dos autos, confirmando o exato valor apurado na revisão fiscal realizada anteriormente.

Acato os demonstrativos elaborados na revisão fiscal efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito da ASTEC/CONSEF e concluo pela subsistência parcial da infração 01, de acordo com o levantamento fiscal e demonstrativo de débito, no valor de R\$1.032.273,32, que demonstro a seguir.

Infração 01 - 07.14.03

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/01/2009	09/02/2009	25.275,47	17,00	60,00	4.296,83
28/02/2009	09/03/2009	6.469,53	17,00	60,00	1.099,82
31/03/2009	09/04/2009	36.797,88	17,00	60,00	6.255,64
31/08/2009	09/09/2009	43.786,82	17,00	60,00	7.443,76
30/09/2009	09/10/2009	298.146,12	17,00	60,00	50.684,84
31/10/2009	09/11/2009	360.434,18	17,00	60,00	61.273,81
30/11/2009	09/12/2009	397.472,88	17,00	60,00	67.570,39
31/12/2009	09/01/2010	356.586,12	17,00	60,00	60.619,64
31/01/2010	09/02/2010	240.208,94	17,00	60,00	40.835,52
28/02/2010	09/03/2010	71.984,94	17,00	60,00	12.237,44
31/03/2010	09/04/2010	238.896,06	17,00	60,00	40.612,33
30/04/2010	09/05/2010	832.772,88	17,00	60,00	141.571,39
31/05/2010	09/06/2010	342.600,59	17,00	60,00	58.242,10
30/06/2010	09/07/2010	494.948,06	17,00	60,00	84.141,17
31/07/2010	09/08/2010	357.604,76	17,00	60,00	60.792,81
31/08/2010	09/09/2010	447.662,59	17,00	60,00	76.102,64
30/09/2010	09/10/2010	511.216,06	17,00	60,00	86.906,73

31/10/2010	09/11/2010	281.552,29	17,00	60,00	47.863,89
30/11/2010	09/12/2010	307.469,41	17,00	60,00	52.269,80
31/12/2010	09/01/2011	420.310,41	17,00	60,00	71.452,77
Total					1.032.273,32

A infração 02 trata da acusação da falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários.

Na defesa, a Autuada alega que que o instituto da substituição tributária só se aplica quando a mercadoria comercializada continuar a participar do ciclo mercantil, isto é, quando houver uma saída posterior. Esse ciclo, no seu entender, não ocorre na aquisição de refeição para consumo por parte dos seus funcionários, pois não há saída do produto por ela adquirido, dessa forma considera-se consumidor final.

Também argumentou a incorreta aplicação de alíquota de 17% no cálculo do imposto diferido, por se tratar de parte dos fornecedores serem empresas inscritas no cadastro de contribuinte e serem optantes pelo Simples Nacional.

Ressalto que na substituição tributária por diferimento sobre refeições, o recolhimento do imposto é preterido para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, consoante art. 343, inciso XVIII, do RICMS-BA/97, reproduzido a seguir.

***Art. 343.** É diferido o lançamento do ICMS incidente:*

(...)

***XVIII** - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente.*

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, conforme delimita o art. 349 do mesmo RICMS/97.

Por outro lado, é importante destacar que o recolhimento na forma estabelecida pela Lei Complementar nº 123/2006 para o Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme art. 386, inciso I, reproduzido a seguir, combinado com o art. 343, inciso XVIII, e art. 349, todos do RICMS/97.

Artigo 386, inciso I do RICMS/97:

***“Art. 386.** 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;”*

Infere-se dos textos legais referidos, que a opção pelo Simples Nacional por parte do fornecedor de refeições, o substituído, em nada alcança o cálculo do imposto cujo lançamento fora diferido para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, o substituto, que no caso específico em tela é a Autuada

Assim não pode prosperar a alegação da defesa de que não foi observado que a maioria dos fornecedores das refeições são empresas optantes pelo Simples Nacional, por se tratar de fato irrelevante. Também é cristalino que na condição de adquirente, a Autuada é o responsável por substituição relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido.

O valor lançado corresponde ao imposto devido nas operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei a Autuada.

Resta patente que a responsabilidade pelo pagamento do imposto é da adquirente das refeições e dela deve ser exigido, mesmo havendo a possibilidade do imposto ter sido recolhido pelos fornecedores das refeições (remetentes) como consequência do aproveitamento do benefício previsto na legislação do Simples Nacional, além de não ficar demonstrado nos autos que o ICMS relativo as operações em comento, foi efetivamente recolhido.

Dessa forma, decido pela total subsistência da infração 02.

Quanto ao requerido pela Autuada que seja afastada a aplicação da multa proposta na exação, sob o argumento de que o não recolhimento não ocorreu por má-fé, mas por conta da interpretação do Convênio ICMS 25/90, me abstenho de apreciar, pois falece a esta Junta de Julgamento Fiscal a competência para decidir sobre pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, cuja competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 25, inciso II, do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592, de 04/06/1999.

Face ao exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2788680001/12-2, lavrado contra **CAMBUCCI S/A** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.036.724,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR