

**A.I. Nº** - 108880.0018/17-5  
**AUTUADO** - PLASKEM EMBALAGENS LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO  
**ORIGEM** - INFAZ – INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 06/01/2021

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0195-02/20-VD

**EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. PROGRAMA DESENVOLVE.** Refeitos os cálculos. Autuada elidiu em parte a infração. Parcialmente subsistente. **2. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA FORNECEDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A existência no passivo de obrigações já pagas indica que o sujeito passivo efetuou pagamento com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e não contabilizadas. A autuada não elidiu a infração. Infração subsistente. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO.** Valores incluídos na infração 01. Infração insubsistente. **4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO E DE 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. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 21/12/2017, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$65.020,95, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas:

**INFRAÇÃO 01 – 03.08.04** – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, apurado nos períodos de janeiro a abril e junho a outubro de 2013. ICMS no valor de R\$34.124,52, acrescido de multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96, c/c os artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02.

A autuante informa: “A empresa deixou de recolher o ICMS Diferencial de Alíquotas referente a aquisição de mercadorias para uso/consumo, no período de JAN a OUT 13. Os valores devidos foram identificados após auditoria da conta corrente – Desenvolve. Os valores lançados na DMA foram recolhidos no prazo regulamentar”.

**INFRAÇÃO 02 – 05.04.01** – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, apurado nos períodos de

dezembro de 2013 e 2014. ICMS no valor de R\$13.952,34, acrescido de multa de 100%, tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, §4º, inc. III da Lei nº 7.014/96.

A autuante informa: *“Constatamos divergências no saldo inicial de 2013 e os pagamentos realizados referentes a compras realizadas no exercício anterior de diversos fornecedores, tendo sido relatado pelo setor fiscal da empresa que os lançamentos eram realizados por sistema informatizado que foi substituído e que não tem mais acesso de consulta. Tudo conforme demonstrativo anexo”*.

**INFRAÇÃO 03 – 06.02.01** – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento, apurado nos períodos de março a dezembro de 2013, março, abril, junho e setembro de 2014. ICMS no valor de R\$4.819,83, acrescido de multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

A autuante informa: *“Neste roteiro de auditoria foram identificadas algumas divergências em alguns meses, tendo gerado uma diferença de ICMS – Diferencial de Alíquotas a recolher. Tudo conforme demonstrativo em anexo”*.

**INFRAÇÃO 04 – 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, apurado nos períodos de fevereiro a novembro de 2013, fevereiro, março e julho a setembro de 2014. ICMS no valor de R\$4.819,83, acrescido de multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 34, inc. III da Lei nº 7.014/96, c/c art. 298 do RICMS/2012.

A autuante informa: *“O contribuinte, usuário de EFD, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Normal, tomou serviço de transportadores, inscritos no Cadastro Estadual, deixando de reter e recolher o ICMS devido, na condição de sujeito passivo por substituição. Conforme demonstrativo e extrato de arrecadação anexos”*.

A autuada impugna o lançamento, fls. 168 a 171, onde inicialmente afirma que o auto de infração, ora defendido, contém valores que são improcedentes sobre os quais apresenta a impugnação parcial dos valores apurados pela Auditora Fiscal.

Preliminarmente, requer que seja atribuído efeito suspensivo à defesa, ora apresentada, tendo em vista que, estando ainda passível de julgamento do auto, não se afigura possível qualquer penalidade, ante sua flagrante insubsistência.

Referindo-se a infração 01 – Recolhimento a menor de ICMS – DESENVOLVE, explica como demonstrado e reconhecido pela Auditora Fiscal, na transcrição dos valores constantes dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Apuração, todas as entradas e saídas foram de produtos incentivados pelo Programa DESENVOLVE, tendo sido calculado corretamente os valores cujos prazos de recolhimento foram dilatados (90%), e os saldos apurados, (10%), pagos.

Afirma que por razões que desconhece, a autuante nos demonstrativos, após reconhecer que todos os valores devidos das operações normais foram efetivamente pagos, incluiu ao final deles, valores ditos como ICMS Normal – Diferença a Recolher, o que não existe.

Quanto a infração 03, ressalta que os valores considerados como ICMS Normal – Diferença a Recolher, estão relacionados nas planilhas deste item, aparentemente como sendo Diferencial de Alíquota de materiais adquiridos para uso ou consumo, cujos detalhes e argumentos de defesa serão citados quando da análise desta infração, e conclui que este item é totalmente improcedente.

Quanto a infração 02, que aponta omissão de saídas de mercadorias tributáveis com base em saldos contábeis, argui que os valores relacionados são reflexos de movimentos anteriores a 2012, quando o escritório responsável pela contabilidade da empresa usava um programa diferente e já desativado, não tendo sido possível demonstrar a razão do saldo no passivo, no grupo de fornecedores, como foi explicado para a Auditora, que inclusive cita este fato no próprio auto. Portanto, considera a infração totalmente improcedente pelas seguintes razões:

- a) A empresa possuía na conta caixa/bancos, valores muito superiores ao constante do auto, como passivo a descoberto, como comprova através dos balancetes de dezembro de 2012 e dezembro de 2013, anexos 1 e 2, não se configurando a existência de saldo credor; e;
- b) Independente da comprovação da arguição anterior, que prova ser improcedente este item do auto, como os valores que tiveram reflexos nas contas auditadas, referem-se a lançamentos contábeis processados a mais de 5 anos, se devidos fossem, estariam os mesmos prescritos.

Voltando a tratar da infração 03, referente ao não recolhimento de diferencial de alíquota, explica que analisando este item, com os reflexos dos valores excluídos indevidamente e incluídos no item 01, verifica que nos valores indicados existem compras de produtos aplicados na produção, para o ativo imobilizado e outros de uso e consumo.

Afirma que tomando o demonstrativo elaborado pela autuante, excluiu os valores das compras de produtos aplicados na produção e para o imobilizado, resulta nos valores efetivamente devidos e não pagos pelas compras de materiais de uso e consumo, Anexo 3, que reconhece e solicita a emissão dos DAES, para pagamento.

Relativamente à infração 04 – Falta de recolhimento de ICMS sobre frete – ST, indica com base no inc. III do art. 34, da Lei nº 7.014/1996 e art. 298 do RICMS/2012, que os valores do ICMS deveriam ter sido retidos e recolhidos ao Estado, na qualidade de contribuinte substituto.

Transcreve os dispositivos citados e conforme consta no Demonstrativo do Débito, afirma que não contrata serviços de frete de autônomos, pois todas as transportadoras listadas são inscritas no Estado Bahia. Assim, entende que não se aplica o inciso I do art. 298 do RICMS, como também não se aplica o inciso II pelas seguintes razões:

- a) Não possui contrato para a prestação de serviços pelas transportadoras, o que já torna inaplicável este dispositivo legal; e,
- b) Mesmo que fosse possível associar repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato, também não se aplicaria, visto que as aparentes prestações de serviço realizadas em um só dia, na realidade é uma só prestação, tendo sido emitidos pelas transportadoras tantos conhecimentos de transporte quantas foram as notas fiscais emitidas, resumindo-se, portanto, em uma só viagem. Inclusive, seria impossível um caminhão em um só dia realizar tantas viagens.

Como outra prova do seu argumento, diz que basta verificar que no documento de cobrança dos serviços realizados constam todos os conhecimentos de transporte do dia. Assim, conclui que este item também é totalmente improcedente.

Requer que seja emprestado o efeito suspensivo à defesa ora apresentada, nos termos da lei e pelas razões expostas, espera que seja acolhida a presente defesa parcial.

A autuada retorna aos autos em manifestação, fls. 198 e 199 onde referindo-se a defesa, já apresentada, diz ter comprovado que:

- i) Infração 01 – considera improcedente porque não existe nenhuma diferença do ICMS do Programa DESENVOLVE e a autuante incluiu diferenças de alíquotas de materiais de uso ou consumo, indicadas na infração 03, onde deveriam estar e onde considerou;
- ii) Infração 02 – considera totalmente improcedente pelas razões expostas na defesa;

- iii) Infração 03 – reconhece parcialmente os valores exigidos, conforme defesa, restando um saldo de R\$14.061,99, valor recolhido, conforme cópia do DAE, anexo 2, apurado conforme planilha – anexo 3;
- iv) Infração 04 – considera totalmente improcedente pelas razões expostas na defesa.

A autuante presta a informação fiscal às fls. 222 a 226, onde reproduz os argumentos da defesa e passa a contestá-los inicialmente explicando que a autuada é beneficiária do Programa DESENVOLVE, que tem por objetivo de longo prazo, complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado e o ICMS Diferencial de Alíquotas é um imposto lançado no Livro Registro de Entradas e transferido para o Livro Registro de Apuração do ICMS, sendo recolhido junto com o imposto normal, que no caso das indústrias é recolhido com o código 0806 – ICMS Regime Normal Industria.

Quanto a infração 01, explica que na apuração do ICMS Normal de beneficiária do DESENVOLVE, são lançados separadamente os débitos e créditos de operações próprias e operações de mercadorias adquiridas de terceiros para revenda, sendo em seguida unificados para identificar se há imposto a recolher ou saldo credor.

Relata que durante a ação fiscal identificou que no período de janeiro a outubro de 2013 a autuada apurou o ICMS Diferencial de Alíquotas no Livro Registro de Entradas e transferiu os respectivos valores para o Livro Registro de Apuração do ICMS, bem como informou na DMA. Porém, não efetuou o recolhimento no prazo regulamentar. A partir de novembro de 2013 a autuada passou a recolher o ICMS Diferencial de Alíquotas sob o código de receita 0791 – ICMS Complementação de Alíquotas Uso/Consumo Ativo Fixo.

Acrescenta que da análise dos livros fiscais, identificou os valores lançados a título de débito de ICMS Diferencial de Alíquotas referente a aquisição de mercadorias para uso e consumo, porém, ao verificar nas referidas notas e considerando a explicação da empresa, constatou serem alguns itens destinados ao ativo fixo e insumos, e assim, excluiu os itens do levantamento e em razão dos equívocos com relação a destinação de algumas mercadorias adquiridas. Efetuou os ajustes em um novo demonstrativo e lançou os novos valores na apuração do ICMS e cobrou na infração 01.

Frisa que após estes ajustes e com a inclusão dos referidos valores no roteiro da Conta Corrente, solicita a exclusão da infração 03, por ter sido cobrado o ICMS devido, na infração 01.

Em relação a infração 02, salienta que a empresa não apresentou a comprovação dos pagamentos ou da existência real do débito constatado como passivo fictício, limitando-se apenas a informar que os referidos valores são oriundos de um sistema antigo da empresa, já desativado, não sendo possível demonstrar a razão do saldo na conta de fornecedores e argumenta que possuía em Caixa/Bancos valores muito superiores aos constantes no auto de infração, não se configurando saldo credor.

Ressalta, com referência a alegação de autuada de que como os valores que tiveram reflexos nas contas auditadas, referem-se a lançamentos contábeis processados há mais de cinco anos, se devidos fossem, estariam os mesmos prescritos, informa que ao analisar as contas encontrou ainda divergência que foram repassadas para os exercícios seguintes, não podendo ser alegada a prescrição, por continuar afetando a conta de Fornecedores, ou seja, manutenção na conta de valores que não são devidos.

Quanto a infração 04, afirma que para a atribuição da responsabilidade prevista no art. 298, inc. II do RICMS/2012 deve-se considerar como contrato o simples ajuste para a prestação de serviço de transporte por parte da empresa transportadora, sucessivamente, para determinado contribuinte inscrito na condição de normal, contratação esta, que pode ser efetuada formalmente por contrato escrito ou por contrato tácito.

Lembra que a legislação do ICMS transfere esta responsabilidade para o tomador do serviço de transportes, independente de contrato formal ou não. No caso, detectou que a autuada utilizou serviços das mesmas empresas e não efetuou a retenção e nem o recolhimento do imposto.

Portanto, retifica os valores da infração 01 de R\$34.124,52 para R\$22.191,66, mantém os valores para as infrações 02 e 04, e solicita a exclusão da infração 03 por ter sido incluída na infração 01.

Registra que a autuada apresentou nova manifestação, às fls. 197 a 199, reconhecendo como devida a infração 03, no valor acima do cobrado, que foi de R\$4.819,83, admitindo ser devido o valor de R\$14.061,99.

Frente ao fato, diz ter constatado a existência de valores que foram alocados na infração 01.

Explica que nos demonstrativos anexos à defesa, lançou os valores referentes ao diferencial de alíquotas na infração 01 e solicita a exclusão da infração 03. Portanto, os valores referentes à infração 03 admitidos pelo autuado e recolhidos deverão ser alocados na infração 01.

Cientificada da informação fiscal, a autuada se manifesta às fls. 291 a 293, onde inicialmente referindo-se à infração 01, afirma que a acusação de que “recolheu a menor (...) parcela sujeita à dilação de prazo do programa DESENVOLVE”, não é verdadeira como comprovou na defesa, na qual reconheceu que durante algum tempo deixou de recolher o ICMS-DIFAL, sobre mercadorias adquiridas para seu uso e consumo, valores que já recolheu no montante principal a R\$14.061,99, que corresponde a infração 03.

Relata que diante da insistência da autuante em manter os itens como de uso e consumo, refez o demonstrativo, de forma mais minuciosa, identificando o real destino de cada produto, onde inclusive mercadorias que não sofreriam incidência do ICMS, considerou como de uso e consumo, recolhendo o ICMS-DIFAL indevidamente.

Quanto a infração 02, mantém o teor da defesa e reforça que a acusação é totalmente improcedente, deixando claro que os documentos disponíveis, aliado ao fato do saldo da conta caixa/bancos ser suficiente para quitação do saldo apurado, resta claro que apenas deixou de efetuar o lançamento a débito na cota fornecedores e a crédito na conta caixa/bancos. Portanto, entende não haver motivos para a autuação.

Ao se reportar à infração 04, mantém os argumentos já postos na defesa. Diz que consultas ao cadastro de contribuintes da SEFAZ, constam as transportadoras relacionadas, como contribuintes normais, estando estas, quites com suas obrigações fiscais – Anexos 3, 4 e 5.

Frente a manifestação, a autuante retorna aos autos, fls. 336 e 337, onde reproduz os argumentos manifestados pela autuada e acata as alegações referentes a infração 01. Portanto, tendo lançado na infração 01 os valores devidos para apuração do ICMS Normal, que após os ajustes e a inclusão nos valores no roteiro da Conta Corrente, solicita a exclusão da infração 03, por ter sido cobrado o imposto na infração 01.

Quanto aos argumentos postos, referente a infração 02, diz que a autuada não apresentou a comprovação dos pagamentos ou a existência real do débito, limitando-se a alegar que não procedeu ao lançamento contábil, argumento que entende não ser suficiente para acatá-lo.

Referente a infração 04, que exige o pagamento do ICMS sobre o frete decorrente de contratações de transportadoras, frisa que para a atribuição de responsabilidade prevista no art. 298, inc. II do RICMS/2012, deve-se considerar como contrato, o simples ajuste para prestação de serviços de transportes por empresa transportadora.

Destaca que a legislação do ICMS transfere a responsabilidade pelo recolhimento para o tomador dos serviços de transportes, independentemente da existência de contrato formal, tendo assim, identificado que a autuada utilizou serviços de transportadoras sem ter efetuado a retenção e recolhimento do imposto.

Conclui que retificou o valor da infração 01 para R\$15.270,03, mantém as infrações 02 e 04, e solicita a exclusão da infração 03.

Instada a manifestar-se frente a última intervenção da Auditora Fiscal no processo, a autuada apresenta nova manifestação, fls. 349 e 350, onde reconhece como matematicamente indiferente o fato da autuante ter excluído a infração 03 quando pretendia a exclusão da infração 01, pois os valores da infração 03, estão inclusos na 01.

Assim, pede que seja reconhecido o seu pagamento efetuado, ou atribuída à infração 01 a fundamentação e capitulação legal da infração 03, com vistas a adequar o fato corretamente à norma.

Repisa que não houve nenhuma prestação de serviços de transporte de forma continuada, e explica que sendo fabricante de plásticos, seus produtos não são volumosos, fato que permite o atendimento a diversos clientes com um único transporte. Desse modo, acrescenta que embora haja a emissão de vários conhecimentos de transportes, o que poderia representar prestações continuadas, trata-se de documentos emitidos no mesmo dia/semana para uma única entrega a vários clientes.

Repisa que conforme notas fiscais emitidas, todas as empresas transportadoras são inscritas no Estado da Bahia, e, assim, realizam o pagamento do imposto. Defende que se houve alguma infração, esta deve ser por descumprimento de obrigação acessória, não devendo se exigir o pagamento do imposto.

Reitera todos os termos da defesa, requerendo a improcedência das infrações 01, 02 e 04 e a procedência, identificação e alocação do pagamento referente a infração 03, pelas razões já expostas.

Em 16/07/2019, a autuante presta nova informação fiscal, fls. 368 a 370, onde repete integralmente a informação já apresentada, concluindo que retificou os valores da infração 01 de R\$22.191,66 para R\$15.270,03, mantém as infrações 02 e 04, e solicita a exclusão da infração 03 por ter sido incluída na infração 01, com os valores realmente devidos após as exclusões feitas com apresentação das justificativas.

Com relação ao valor pago pela autuada no valor de R\$14.061,99, solicita que sejam alocados na infração 01, nos meses e valores constantes no Anexo 03 da defesa inicial, às fls. 179 a 193.

É o relatório.

## **VOTO**

O auto de infração em análise, imputa ao sujeito passivo, contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição NORMAL, atuante no ramo de fabricação de embalagens de material plástico, a acusação do cometimento de quatro infrações, todas tempestivamente impugnadas.

Apesar da autuada não arguir preliminar de nulidade, compulsando os autos, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações do Código Tributário Nacional, especificamente em consonância com o art. 142, pois, o auto foi lavrado por autoridade administrativa competente para tal, art. 107, §2º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, tendo sido verificada, conforme papéis de trabalhos, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, foi determinada a matéria tributável, calculado o montante do tributo devido, identificado o sujeito passivo e foi proposta a aplicação da penalidade cabível, estando tipificada na Lei nº 7.014/96.

À fl. 09, consta cópia do termo de início de fiscalização, cientificando o contribuinte do início da ação fiscal, às fls. 11 a 160, constam as cópias de documentos e dos livros contábeis que serviram de base para o lançamento, assim como os demonstrativos sintéticos e analíticos elaborados pela autuante de forma clara, objetiva e sucinta, entregues ao contribuinte, quando da cientificação da autuação ocorrida em 28/12/2017, que permitiu ao contribuinte conhecer as acusações e sobre elas apresentar os argumentos e provas que julgou necessários e suficientes para elidir as infrações, e assim, os direitos de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foram plenamente preservados, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o lançamento.

Preliminarmente, cabe analisar a arguição de “prescrição” por parte do contribuinte na defesa da infração 02, sob a justificativa que os fatos apurados ocorreram em 2012.

Esclareço que na verdade o sujeito passivo pretende arguir a decadência do lançamento, uma vez que a prescrição refere-se à perda à ação de cobrança do crédito lançado, o que não é o caso.

Trata-se de infração caracterizada pela falta de registro de operações de saídas de mercadorias, imputada ao contribuinte com fundamento na presunção legalmente prevista na Lei nº 7.014/96.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, quando:

- a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;
- b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;
- c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Deve-se considerar ainda, que conforme o Ofício PGE/PROFIS/NCA nº 03/2017, a data da ciência da lavratura do Auto de Infração é que deve ser considerada como marco para apuração da decadência, não importando a data da lavratura do Auto de Infração ou da ciência da 1ª Intimação ou do Termo de Início de Fiscalização.

Portanto, para a infração 02, aplica-se a hipótese da letra b), devendo ser contado o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, o que só ocorreu no presente caso, em 01/01/2018.

Tendo o contribuinte tomado ciência da autuação em 28/12/2017, e conforme já demonstrado, não tendo declarado as operações, não há decadência, para os fatos ocorridos no exercício de 2012.

Adentrando no mérito, analiso cada infração separadamente.

A infração 01 acusa o contribuinte de ter recolhido a menor ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa DESENVOLVE, sobre a qual o contribuinte afirma que todos os valores devidos das operações normais foram pagos.

A autuante, em sede da primeira informação fiscal, acata os argumentos da defesa por ter constatado serem alguns itens destinados ao ativo fixo e insumos, e assim, os excluiu do levantamento e em razão dos equívocos com relação a destinação de algumas mercadorias adquiridas, efetuou os ajustes em um novo demonstrativo, lançando os novos valores na apuração do ICMS, cobrado na infração 01.

Assim, feitos estes ajustes e com a inclusão dos referidos valores no roteiro da Conta Corrente, acertadamente solicitou a exclusão da infração 03, por ter sido cobrado esse mesmo valor do ICMS na infração 01.

Em manifestação, fls. 291 a 293, a autuada reconhece que deixou de recolher o ICMS-DIFAL, sobre mercadorias adquiridas para seu uso e consumo, providenciando o recolhimento de R\$14.061,99, correspondente a infração 03.

A Auditora Fiscal, acatou os argumentos da defesa referentes a infração 01 e retificou os valores de R\$ 22.191,66 para R\$15.270,03.

Constato pertinentes os ajustes procedidos pela autuante, de forma que os acato integralmente, e tenho como parcialmente subsistente a infração 01, devendo o órgão responsável apropriar a esta, o valor pago como da infração 03 e posterior homologação.

Como consequência e com base nos ajustes procedidos pela autuante, considero insubsistente a infração 03.

A infração 02 trata da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.

Trata-se de exigência de imposto com base na presunção prevista no art. 4º, §4º, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que a diferença apurada pelo fisco, cuja prova em contrário cabe ao contribuinte, por ser uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é o entendimento fiscal.

A acusação se baseou nos saldos contábeis, em documentos aportados aos autos, fls. 58 a 87, demonstrando a manutenção no passivo de obrigação paga ou inexistente, na defesa. A autuante apurou o saldo do passivo com base no Balanço Patrimonial, fechamento das contas do Livro Razão/Diário e apresentou resultados de circularização junto aos fornecedores que confirmaram estarem pagas as faturas correspondentes a diversas notas fiscais, relacionadas em correspondências aos mesmos.

Ademais, não se mostra razoável a existência do registro dessas obrigações com terceiros, mantidos no passivo da autuada, sem pagamento e sem qualquer movimentação dos fornecedores para satisfação desses valores.

Para demonstrar a existência de passivo fictício, é imprescindível provar a existência de indícios, como a ocorrência de pagamentos de duplicadas devidamente contabilizadas no passivo ou mesmo a declaração dos fornecedores de que elas estão pagas, conforme documentos e provas aportadas aos autos pela autuante.

Por sua vez, a autuada não apresenta provas capazes de elidir a acusação, apenas argumentou que os valores apontados na infração “...são reflexos de movimentos anteriores a 2012, quando o escritório contábil responsável pela contabilidade da empresa usava um programa diferente e já desativado pela empresa de soft que o fornecia, não tendo sido possível demonstrar a razão do saldo no passivo, no grupo de fornecedores”, sem contudo, trazer aos autos qualquer prova que sustente seu argumento.

Fatos que fazem incidir o que prescreve os artigos 140 e 142 do RPAF/99.

*Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. (...)*

*Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

Ademais, preclui-se o direito do sujeito passivo apresentar prova documental em outro momento que não seja o da impugnação, a não ser que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, o que não é o presente caso, consoante art. 123, §5º do RPAF/99.

Portanto, considero a infração 02 subsistente.

A infração 04, acusa o contribuinte de não 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.

Em sua defesa, o contribuinte argui que não possui contrato para a prestação de serviços pelas transportadoras, e, mesmo que fosse possível desvincular repetidas prestações de serviço ligadas a contrato, também não se aplicaria, visto que as prestações de serviço foram realizadas em um só dia, na realidade é uma só prestação, tendo sido emitidos pelas transportadoras tantos conhecimentos de transporte, quantas foram as notas fiscais emitidas, resumindo-se, portanto, em uma só viagem.

A autuante, mantém a infração, argumentando que na atribuição da responsabilidade prevista no art. 298, inc. II do RICMS/2012, deve-se considerar como contrato, o simples ajuste para a



prestação de serviço de transporte pela transportadora, de forma sucessiva para determinado contribuinte inscrito na condição de normal, contratação esta que pode ser efetuada formalmente por contrato escrito, ou por contrato tácito.

Ao examinar o demonstrativo analítico da infração 04, fls. 155 a 160, constato que foram examinadas as prestações de serviços de transporte no período de janeiro de 2013 a setembro de 2014, verifico que os serviços de transportes foram prestados exclusivamente pelas empresas inscritas no CAD-ICMS sob os seguintes números: 016.790.016, 030.324.044 e 055.508.674, todas na condição NORMAL, respectivamente ZEAGOSTINHO LOGÍSTICA TRANSPORTE E DISTRIBUIÇÃO EIRELI; BOMFIM CARGAS E ENCOMENDAS LTDA. e TRANSCOMPRAS TRANSPORTES E COMPRAS COMERCIAIS LTDA.

O fato das prestações de serviços de transportes serem executadas por apenas três empresas e considerando o volume de prestações realizadas, fica caracterizada as repetidas prestações de serviço, ainda que não exista um contrato formal entre a autuada e as transportadoras, requisito dispensável para caracterizar a responsabilidade do tomador do serviço de transporte na retenção e recolhimento do ICMS devido.

O RICMS/2012, trata da matéria no art. 289:

*Art. 298. Somente são sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste estado na condição de normal:*

*I - realizadas por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste estado;*

*II - que envolva repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato. (...)*

*§ 6º Não são sujeitas à substituição tributária as repetidas prestações de serviço de transporte efetuadas por empresa inscrita na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, optantes do Simples Nacional. (Grifei)*

O §6º, vigente à época dos fatos geradores, acima transcrito, foi acrescentado ao art. 298 pelo Decreto nº 13.945/2012 com efeitos de 01/04/2012 a 31/12/2017.

Ressalto o que dispõe o art. 8º da Lei nº 7.014/96, *verbis*:

*Art. 8º São responsáveis 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: (...)*

*V - o contratante de serviço ou terceiro que participe da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal.*

Portanto, conforme leitura dos dispositivos transcritos, vejo que resta clara a responsabilidade do tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, nas prestações sucessivas de serviços de transporte, nos termos do art. 298 do RICMS/2012, sendo este o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte.

As empresas prestadoras de serviço de transporte arroladas no levantamento, inscritas ou não no Cadastro Estadual, são consideradas contribuintes substituídos, configurando a tomadora do serviço, como contribuinte substituto e responsável pelo pagamento do imposto devido, independentemente de contrato escrito entre as transportadoras e a tomadora dos serviços de frete.

Este entendimento é o externado pela Diretoria de Tributação através de diversos pareceres a exemplo do Parecer nº 19814/2012 que assim se posiciona:

*“Da análise do dispositivo, verifica-se que, para a atribuição da responsabilidade ali prevista, deve-se considerar como contrato o simples ajuste para a prestação de serviço de transporte por parte da empresa transportadora sucessivamente para determinado contribuinte, inscrito na condição de normal, contratação esta que pode ser efetuada formalmente (contrato escrito) ou não (contrato tácito).*

*Portanto, a imposição da responsabilidade tributária estabelecida no RICMS-BA/12, art. 298, inciso II, independe da formalização de contrato. Assim sendo, a conclusão é no sentido de que, nas sucessivas prestações de serviço de transporte de passageiros tributadas, vinculadas a contrato informal, cabe ao*

*tomador de serviço inscrito no cadastro de contribuintes deste Estado na condição de normal, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido” (Grifos meus.)*

Os argumentos da defesa não elidem a infração e assim a considero subsistente.

Quanto ao requerimento de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ora discutido, trata-se de um direito do sujeito passivo que sobre este, interpõe reclamações e recursos tempestivos, direito assegurado pelo art. 151, inc. III do CTN.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito elaborado pela autuante à fl. 357:

INFRAÇÃO 01 – Parcialmente procedente – R\$15.270,02, multa: 60%;

INFRAÇÃO 02 – Procedente – R\$13.952,34, multa: 100%;

INFRAÇÃO 03 – Improcedente;

INFRAÇÃO 04 – Procedente – R\$12.124,26, multa: 60%.

### 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 **108880.0018/17-5**, lavrado contra **PLASKEM EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.346,62**, acrescido das multas de 60% sobre R\$27.394,28 e de 100% sobre R\$13.952,34, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “f”, “e” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR