

A. I. Nº - 207103.0001/22-6
AUTUADO - SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.
AUTUANTE - LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/12/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0271-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INEVIDA. a) NOTAS FISCAIS CANCELADAS OU DENEGADAS. Fato não impugnado. Acusação mantida. b) CONHECIMENTOS DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE CARGAS EMITIDOS POR CONTRIBUÍNTES NA SITUAÇÃO DE INAPTO NO CADASTRO DE CONTRIBUÍNTES DA SEFAZ. Fato não comprovado. Acusação insubsistente, com o acolhimento pelo autuante. 2. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. AQUISIÇÕES DE REFEIÇÕES PARA FUNCIONÁRIOS. FALTA DE PAGAMENTO. A legislação tributária estadual, à época da ocorrência dos fatos geradores, estabelecia que nas aquisições de refeições para fornecimento aos funcionários, o imposto é diferido e se encerra na entrada no estabelecimento do adquirente. Ausência de previsão para exclusão da exigência quando, eventualmente, o fornecedor das refeições efetuar o pagamento do imposto. Não acolhida a arguição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 51.862,83, mais multas de 100% e 60%, em decorrência das seguintes acusações:

Infração 01 – 001.002.010: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. ASIEMENS utilizou crédito de ICMS constante em NFs CANCELADAS OU DENEGADAS. Demonstrativo de débito acostado o PAF detalha a infração”. Valor lançado R\$ 5.501,63, mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso V, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 001.002.012: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a Notas Fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda. A SIEMENS lançou nos respectivos livros de RES/EFD créditos de ICMS de prestações de serviços de transportes contratados junto à TUPYTRANSPORTES – CNPJ 17.149.206/0001-80, que se encontrava inapta no cadastro da SEFAZ/BA, nas datas em que emitiu os CTes relacionados no presente demonstrativo de débito anexo ao PAF. Infringiu além dos arts. constantes no SLCT, os seguintes 31 e 44, inc. II da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 1º, 2º e 309, inc. I do RICMS/BA, Dec. 13.780/2012”. Valor lançado R\$ 25.456,87, mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso IV, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 002.004.003: “Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários. ASIEMENS deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários. Infringiu além dos arts. constantes no SLCT, os seguintes Art. 2º, inc. I, Art. 7º da Lei nº 7.014/96 e o inc. VI do art. do RICMS/BA, Dec. 13.780/2012, que foi revogado pelo Dec. 18.085 de 21/12/2017, vigência até 31/12/2017,

período em que foi reclamado o ICMS". Valor lançado R\$ 20.904,33, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento, o autuado, através de seus Patronos, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 25 a 45, citando a tempestividade da peça defensiva, e apresentando, em seguida, uma síntese dos fatos relacionados a autuação, destacando que dentre outras atividades que exerce, dedica-se à fabricação e comercialização de equipamentos para geração e cogeração de energia elétrica, notadamente de equipamentos eólicos, sujeitando-se, portanto, ao recolhimento do Imposto sobre Mercadorias e Serviços – ICMS, nos termos dos artigos 1º e seguintes da Lei nº 7.014/1996 e artigo 2º e seguintes, da Lei Complementar nº 87/1996.

Após citar as infrações imputadas pelo Fisco, registrou que a relacionada a infração 01, confirma sua procedência, razão pela qual formalizou sua pretensão de liquidar o débito com a utilização dos créditos acumulados que disse possuir, na forma do art. 307 e seguintes do RICMS/BA.

Depois de tecer essas considerações iniciais, passou, em preliminar, a arguir a nulidade do Auto de Infração por preterição do direito de defesa em razão da multiplicidade de autuações concomitantes, citando que, sob o contexto do mesmo expediente de fiscalização, teve contra si lavrados 13 (treze) diferentes Autos de Infração de ICMS envolvendo 21 (vinte e um) diferentes acusações fiscais, cada qual com sua especificidade, período de referência e tipo de acusação fiscal, sintetizados às fls. 41 e 42, aduzindo que conforme se verifica da relação de autos de infração citados, os quais foram lavrados e submetidos à sua cientificação no mesmo momento, ressaltando-se casos excepcionais, há uma aparente variedade de acusações fiscais que envolvem desde o creditamento indevido sobre operações supostamente isentas, créditos a maior sobre bens do imobilizado, até estornos de débitos indevidos e operações com fornecedor declarado inapto pelo Fisco, não havendo como se desconsiderar o verdadeiro prejuízo imposto ao contribuinte em razão da necessidade de tomada de todas as providências necessárias para as defesas relativas a todos os casos em questão dentro do prazo único de 60(sessenta) dias.

Asseverou que diante do procedimento adotado pelo autuante na constituição concomitante de 21 (vinte e um) diferentes tipos de acusações, distribuídos em 13(treze) diferentes autos de infração, envolvendo períodos diversos, não remanescem dúvidas de que há violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal, devidamente contemplados no artigo 5º inciso LV, da Constituição Federal, constituindo, assim, causa de nulidade absoluta do lançamento, à luz do Art. 18, II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Disse, ainda, que apesar de a redação atual do artigo 40 do aludido Regulamento não ser clara a este respeito, tal como constava em suas redações anteriores, consta que a autoridade fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, mas, de acordo com o histórico desse dispositivo, tinha por objetivo facilitar o contraditório e a ampla defesa e que, inclusive, até 2010, exigia autorização expressa do inspetor fazendário da jurisdição do contribuinte, portanto, a existência de diversos autos de infração sob o prisma do mesmo expediente de fiscalização, diferentemente do quanto admitido no presente caso, constitui uma exceção, e não uma regra, e, diante de sua atividade vinculada, caberia ao autuante ao menos justificar o motivo de proceder dessa forma, algo sequer cogitado no presente caso.

Ao adentrar ao mérito da autuação passou a sustentar o que denominou de *“regularidade do crédito de ICMS apropriado sobre serviços de transportes promovidos por prestador declarado posteriormente inapto pelo Fisco – Infração 02”*, onde foi acusado de ter se creditado indevidamente de ICMS sobre serviços de transporte por empresa em situação inapta perante a SEFAZ.

Aduziu que a acusação não tem qualquer fundamento, pois, de acordo com a documentação trazida aos autos, Doc. 03, todos os conhecimentos de transportes citados pela autuação são anteriores a sua declaração de inaptidão pela SEFAZ, comprovando, de forma documental, que esta se deu em 31/10/2019.

Após tecer outras considerações a respeito desta questão concluiu este tópico defensivo sustentando que não subsistem dúvidas de que o crédito que apropriou é legítimo e que está apoiado em efetivas aquisições de serviços de transportes que, onerados pelo ICMS, amparam o direito em homenagem ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Ao se reportar à infração 03, se referiu a inaplicabilidade do diferimento e do recolhimento do ICMS a cargo dos fornecedores.

A este respeito disse que de acordo com o art. 286, VII do RICMS/BA, em sua redação com efeitos até 31/12/2017, havia o diferimento do ICMS *“nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados”*, dispositivo este revogado pelo Dec.18.085/2017.

Acrescentou que o §2º do referido dispositivo regulamentar, excepcionando da regra geral em que o diferimento se encerra pela saída do produto resultante da industrialização, dispunha, em seu inciso I, que a hipótese do diferimento tratado no inciso VII se encerrava com a entrada dos produtos no estabelecimento do contratante, entretanto, conforme dispunha, e ainda dispõe o art. 287 do mesmo regulamento, a aplicação do diferimento exige prévia habilitação do contribuinte para operar nesse regime.

Aduziu que, mesmo à época dos fatos autuados, a alínea “a” do inciso V do art. 287 dispensasse a prévia habilitação para as situações relativas ao fornecimento de refeições aos funcionários do estabelecimento, tratava-se de uma opção colocada à disposição do contribuinte, e não uma imposição legal, até porque o *caput* trata o regime de diferimento como uma espécie de benefício.

Desta maneira, sustentou que mesmo que não tenha aplicado o regime em questão, e, conseqüentemente, promovido o recolhimento do ICMS diferido pela entrada da refeição em seu estabelecimento, disse ser preciso registrar que os próprios fornecedores realizaram o destaque do ICMS e providenciaram o pagamento do imposto sobre as operações autuadas, apontando exemplos relacionadas as Notas Fiscais nº 76 e 77, ambas de emissão da empresa Massa Alimentação e Serviços Ltda., que, de acordo com os docs. fls. 156 a 182, teria recolhido o imposto relativo a essas operações.

Desta maneira, sustentou que caberia ao Fisco buscar os elementos tributáveis para fim de estabelecer possíveis exigências, diligenciando no sentido se os próprios fornecedores realizaram o recolhimento do imposto exigido, acrescentando que não se admite é que a fiscalização promova uma exigência sobre uma obrigação já extinta pelo pagamento, na forma do art. 156, I, do CTN, Docs. 05 e 06, vez que não subsiste qualquer responsabilidade sob o prisma de uma relação obrigacional já liquidada.

No tópico seguinte, de forma subsidiária, passou a sustentar o que denominou *“caráter abusivo das multas aplicadas”*, citando em seu socorro farta doutrina a este respeito, bem como decisões emanadas de Tribunais Superiores, para concluir sustentando que a aplicação de multas sob os percentuais de 100% e de 60% revela-se medida excessiva e incompatível com todas as circunstâncias que foram abordadas ao longo da presente peça, visto que, nos termos da legislação de regência, ficou devidamente demonstrada a regularidade do procedimento adotado pela Impugnante, acrescentando ainda que, com base nos elementos que expôs, há que se decretar o cancelamento das multas que incidem no Auto de Infração, ou, caso assim não se entenda, a aplicação da penalidade deverá ser revista para atender a parâmetros condizentes com o próprio descumprimento da norma supostamente infringida.

Ao final apresentou os seguintes pedidos:

- PRELIMINARMENTE, seja reconhecida a nulidade do lançamento por preterição do direito de defesa, consoante os argumentos articulados no tópico III da presente peça defensiva;
- NOMÉRITO, a procedência da presente Impugnação ou a improcedência das infrações 02 e 03 do Auto de Infração em questão, tendo em vista a matéria apresentada no tópico “IV” da presente

peça.

- SUBSIDIARIAMENTE, a relevação ou a redução da multa, consoante requerido no tópico “V” acima.

Finalmente citou que, caso se entenda necessário, sejam realizadas diligências para se confirmar tanto a regularidade do creditamento do ICMS sobre a contratação dos serviços pela Tupy Transportes antes da decretação de inaptidão, relativamente a infração 02 e, ainda, os efetivos recolhimentos de ICMS a cargo dos próprios fornecedores de refeição no que tange à infração 03.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 135 a 141, onde, após considerações iniciais, passou a enfrentar e contestar os argumentos defensivos conforme a seguir.

No tocante ao pedido de nulidade por “*preterição do direito de defesa em razão de multiplicidade de autuações concomitantes*”, sustentou que o próprio art.40 do RPAF, Parágrafo único, há a resposta para a quantidade de Autos de Infração que foram lavrados:

“Art. 40 (...)

Parágrafo único. Sempre que for constatada infração à legislação tributária cuja exigência de crédito tributário seja em valor igual ou superior a R\$ 200.000,00 deverá ser lavrado um auto exclusivamente com esta infração, ficando admitida a inclusão de outras, que sejam dela consequentes”.

Desta forma, sustentou que o pedido de nulidade requerido não encontra amparo legal, pois os créditos reclamados nos AIs listados às fls. 41 e 42 do PAF, atende ao disposto no parágrafo único do art. 40 do PAF, enquanto que no art. 18 não há hipótese entre seus incisos que dê guarida ao pedido de nulidade ora requerido.

Quanto a arguição de nulidade da autuação em face da presença de vício de motivação, disse que refuta a afirmação do autuado de que não haveria motivação para o lançamento do crédito tributário, e de que o procedimento adotado pela ação fiscal estaria desprovido de fundamento.

No que se relaciona ao mérito da autuação, **infração 02**, disse que o autuado traz aos autos a questão do direito “*DAREGULARIDADEDOCRÉDITOICMSAPROPRIADOSOBREOSSERVIÇOSDETRANSPORTESPROMOVIDOSPORPRESTADORDECLARADOPOSTERIORMENTEINAPTOPELOFISCO*”.

A este respeito pontuou que analisou as datas de emissões dos CTes objetos da autuação fiscal e relacionados no Demonstrativo de Débito acostados às fls.13 e 14, confrontando-os com os intervalos de datas: *i)* 07/06/2017; *ii)* 25/07 a 18/09/2018; *iii)* 30/01 a 05/02/2019; *iv)* 30/05 a 12/07/2019 e *v)* a partir de 31/10/2019 em que a Tupy Transportes, CNPJ 17.149.206/00010-80 se encontrava inapta no cadastro da SEFAZ/BA.

Disse que realizou consulta na chave de acesso dos CTes no portal estadual da Bahia, e constatou que cabe razão ao autuado, visto que, os CTes em questão foram emitidos em datas fora dos intervalos em que a transportadora citada se encontrava inapta no cadastro da SEFAZ/BA, acrescentando que o equívoco cometido aconteceu, pois, tomou como válidas as datas dos lançamentos dos CTes nos respectivos livros RES/EFD do autuado e não as datas em que os CTes foram emitidos pela transportadora Tupy Transportes.

Desta forma, afirmou que improcede a cobrança do imposto reclamado de R\$ 25.456,87 referente à infração 02.

Quanto a **infração 03**, sustentou que o autuado arguiu a *INAPLICABILIDADEDOREGIMEDEDIFERIMENTOEDORECOLHIMENTODOICMSACARGODOSFORNECEDORES*DAIMPUGNANTE.

A este respeito pontuou que este deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários, e que agiu em observância estrita à legislação específica vigente à época dos fatos geradores, tendo constituído crédito tributário através da lavratura do auto de infração, lastreado pelo Demonstrativo de Débito acostado à fl. 17, e as notas

fiscais gravadas na mídia eletrônica à fl. 21 do PAF.

Pontuou que, como bem descreveu o autuado, a legislação do ICMS no seu art. 286, inc. VII, e §2º do RICMS/BA, dispõe que há o instituto do diferimento nas operações de aquisições de refeições destinadas ao consumo dos funcionários do contribuinte contratante das mercadorias, *verbis*:

“Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

(...)

VII - revogado;

Nota: O inciso VII do caput do art. 286 foi revogado pelo Decreto nº 18.085, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 01/01/18.

Redação originária, efeitos até 31/12/17:

“VII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados;”

(...)

§2º As hipóteses de diferimento previstas neste artigo encerram na saída subsequente da mercadoria ou do produto resultante de sua industrialização, exceto em relação às hipóteses a seguir indicadas, cujo encerramento ocorrerá na entrada dos produtos no estabelecimento:

I - revogado;

Nota: O inciso I do §2º do art. 286 foi revogado pelo Decreto nº 18.085, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 01/01/18.

Redação originária, efeitos até 31/12/17:

“I - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados;”

Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que:

§1º São dispensados da habilitação prevista neste artigo:

V - os adquirentes ou destinatários:

a) revogada;

Nota: A alínea "a" do inciso V do §1º do art. 287 foi revogada pelo Decreto nº 18.085, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 01/01/18.

Redação originária, efeitos até 31/12/17:

“a) de refeições destinadas a consumo por parte de empregados no estabelecimento de contribuinte localizado neste estado;”.

Mencionou que, conforme se depreende da leitura da legislação do imposto vigente à época, acima transcrita, o legislador atribuía ao destinatário comprador das mercadorias (refeições), a responsabilidade tributária de recolher o ICMS no momento das entradas no seu estabelecimento das refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários, vigência até 31/12/2017.

Citou que o autuado não possui o direito de tentar legislar em causa própria, ao não observar que a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do ICMS nas operações em lide recaem sobre ele, na condição de adquirente das refeições, destacando que nas contratações que envolvam operações mercantis, neste caso específico, ou em outros, as partes legais envolvidas devem conhecer as regras tributárias que regem as operações, e cumprirem as exigências legais nelas contidas.

A este respeito destacou a regra contida no art.123 do CTN, *verbis*: “Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”.

Desta forma, prosseguiu, o ordenamento jurídico tributário prevalece sempre em detrimento aos acordos, contratos ou convenções particulares, não sendo admissível, legalmente, que o autuado queira, porque alcançado pela legislação do imposto, transferir a responsabilidade tributária que recai sobre si, atribuindo arbitrariamente ao fornecedor das refeições a sujeição passiva pela obrigação tributária de apurar e recolher os tributos devidos nas operações em questão.

Observou que não é função do Fisco investigar, no caso específico, se o fornecedor das refeições lançou as notas fiscais nos seus livros, e se apurou e recolheu os impostos parcial ou integralmente, pois em cumprimento a uma ordem de serviço expedida pela SEFAZ/BA, e principalmente à legislação que deve ser estritamente observada, cumpre-lhe auditar fiscal e contabilmente a empresa que está sendo examinada, neste caso, a adquirente das refeições, e ao verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível, conforme dispõe o art. 142 do CTN.

Concluiu este tópico asseverando que, pelo exposto e os documentos acostados ao PAF: Auto de Infração, Demonstrativo de Débito, NFs gravadas na mídia eletrônica, não merece acolhimento os argumentos trazidos pelo autuado, pois desprovidos de amparo legal, razão pela qual ratificou o crédito reclamado no valor de R\$ 20.904,33.

Referente ao tópico relacionado ao argumento de caráter abusivo das multas aplicadas, disse que agiu em consonância com o disposto na Lei ICMS nº 7.014/96, as tipificou com exatidão, como consta no auto de infração, acostado às fls. 01 e 02 do PAF.

Quanto aos pedidos elaborados pelo autuado, aduziu que não há razão no pedido de nulidade do lançamento por preterição do direito de defesa e, em relação a solicitação de procedência da impugnação, esta foi rebatida ponto a ponto, tendo realizado a análise dos argumentos e documentos acostados pelo Impugnante referente à infração 03, ratificada a cobrança do débito; acatada a defesa em face da procedência da impugnação referente à infração 02 e reconhecida a anuência da impugnante referente ao débito reclamado relativo e à infração 01.

No que se refere ao pedido de relevação ou redução da multa, disse que aplica o disposto na Lei ICMS/BA – nº 7.014/96, e, por fim, sustentou ser desnecessária a realização de diligência para sanar quaisquer dúvidas, em razão do todo exposto e apresentado.

Concluiu afirmando que em face das informações ora apresentadas, com argumentos, fatos e documentos acostados ao PAF, ratifica o imposto reclamado, no valor de R\$ 5.501,63 referente à infração 01, acata a impugnação referente à infração 02, e mantém integralmente o débito reclamado de R\$ 20.904,33, referente à infração 03.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Thomaz Alturia Scarpin, OAB/BA nº 344.865, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O presente lançamento sob exame foi efetuado visando a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 51.862,63, mais multas de 100% e de 60% com previsão no Art. 42, inciso V, alínea “b”, IV, alínea “b” e II, alínea “f”, todos da Lei nº 7.014/96 em decorrência das seguintes acusações:

Infração 01 – 001.002.010: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. ASIEMENS utilizou crédito de ICMS constante em NFs CNCELADAS OU DENEGADAS. Demonstrativo de débito acostado o PAF detalha a infração”*. Valor lançado R\$ 5.501,63, mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso V, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 001.002.012: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a Notas Fiscais*

em que constam como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda. A SIEMENS lançou nos respectivos livros de RES/EFD créditos de ICMS de prestações de serviços de transportes contratados junto à TUPYTRANSPORTES – CNPJ 17.149.206/0001-80, que se encontrava inapta no cadastro da SEFAZ/BA, nas datas em que emitiu os CTes relacionados no presente demonstrativo de débito anexo ao PAF. Infringiu além dos arts. constantes no SLCT, os seguintes 31 e 44, inc. II da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 1º, 2º e 309, inc. I do RICMS/BA, Dec. 13.780/2012”. Valor lançado R\$ 25.456,87, mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso IV, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 002.004.003: “Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários. A SIEMENS deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários. Infringiu além dos arts. constantes no SLCT, os seguintes Art. 2º, inc. I, Art. 7º da Lei nº 7.014/96 e o inc.VI do art. do RICMS/BA, Dec. 13.780/2012, que foi revogado pelo Dec. 18.085 de 21/12/2017, vigência até 31/12/2017, período em que foi reclamado o ICMS”. Valor lançado R\$ 20.904,33, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Em sua peça impugnativa o autuado, através de seus Representantes Legais, preliminarmente arguiu a decretação de nulidade do procedimento fiscal haja vista a preterição de seu direito de defesa ante a imposição concomitante de 13 (treze) autos de infração envolvendo períodos diversos, dentro do mesmo prazo de oferecimento de defesa.

Apesar de reconhecer que a quantidade de autos de infração lavrados, no mesmo procedimento fiscal, consoante indicação constante às fls. 29 e 30, abarcando o mesmo prazo para defesa, ser um fato que de certa forma poderá vir a dificultar a apresentação da defesa, isto não significa uma regra a ser seguida, visto que, nem todos os autos de infração poderão ser objeto de defesa, parcial ou integral.

Entretanto, na situação sob análise, o autuante cumpriu rigorosamente o previsto pelo Art. 40 do RPAF/BA que estabelece:

Art. 40. O preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado.

Parágrafo único. Sempre que for constatada infração à legislação tributária cuja exigência de crédito tributário seja em valor igual ou superior a R\$ 200.000,00(duzentos mil reais) deverá ser lavrado um auto exclusivamente com esta infração, ficando admitida a inclusão de outras, que sejam dela consequentes.

Nota: A redação atual do art. 40 foi dada pelo Decreto nº 18.558, de 17/08/18, DOE de 18/08/18, efeitos a partir de 18/08/18.

Redação anterior dada ao art. 40 pelo Decreto nº 12.444, de 26/10/10, DOE de 27/10/10, efeitos de 27/10/10 a 17/08/18:

“Art. 40. O autuante poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão”.

Portanto, como os fatos geradores abarcados na autuação se relacionam aos exercícios de 2017 a 2019, cujo lançamento ocorreu em 24/03/2022, concluo que o procedimento do autuante encontra total amparo na legislação tributária pertinente, e não se amolda as regras estabelecidas pelo Art. 18, II, do RPAF/BA, razão pela qual ultrapasso este pedido de nulidade, visto que não se configurou o alegado cerceamento de defesa, a qual, foi exercida de forma tempestiva pelo autuado.

Isto posto e considerando que foram atendidas todas as normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA e, também, do art. 142 do CTN, não acolho o argumento defensivo para fim de decretação de nulidade do Auto de Infração.

Antes, porém, de adentrar ao mérito da autuação, indefiro o pedido de realização de diligência formulado pelo autuado, com base do Art. 147 do RPAF/BA, por entender que já se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como relator, sobretudo as informações apresentadas pelo próprio autuado dando conta do emprego/utilização dos materiais objeto da autuação em seu estabelecimento.

Isto posto, ao ingressar à análise do mérito da autuação, observo que a acusação relacionada à infração 01, no valor de R\$ 5.501,63 foi acolhida pelo autuado, que declarou que irá providenciar seu pagamento com os créditos acumulados que disse dispor.

Infração 01 subsistente.

No que pertine a infração 02, no valor de R\$ 25.456,87, que trata de utilização de créditos fiscais decorrentes de conhecimentos de transportes atribuídos a empresa transportadora que estaria na condição de inapta perante ao cadastro de contribuintes da SEFAZ, o autuado apresentou elementos comprobatórios no sentido de que, efetivamente, fazia jus a utilização de tais créditos, visto que à época das emissões dos documentos fiscais objeto da autuação não se encontrava em situação irregular, os quais foram examinados pelo autuante, que concluiu que o autuado agiu corretamente, reconhecendo a improcedência da acusação.

Acolho, portanto, o posicionamento do autuante e julgo a infração 02 insubsistente.

Naquilo que se relaciona à infração 03, no valor de R\$ 20.904,33, onde se reclama imposto diferido não recolhido pelas aquisições de refeições pelo autuado para fornecimento aos seus empregados, este reconheceu que mesmo que não tenha aplicado o regime do diferimento em questão, e, conseqüentemente, promovido o recolhimento do ICMS diferido pela entrada da refeição em seu estabelecimento, disse ser preciso registrar que os próprios fornecedores realizaram o destaque do ICMS e providenciaram o pagamento do imposto sobre as operações autuadas, apontando exemplos relacionadas as notas fiscais nº 76 e 77, ambas de emissão da empresa Massa Alimentação e Serviços Ltda., que, de acordo com os docs. de fls. 156 a 182, teria recolhido o imposto relativo a essas operações.

Desta maneira, sustentou que caberia ao Fisco buscar os elementos tributáveis para fim de estabelecer possíveis exigências, diligenciando no sentido de averiguar se os próprios fornecedores realizaram o recolhimento do imposto exigido, acrescentando que não se admite é que a fiscalização promova uma exigência sobre uma obrigação já extinta pelo pagamento, na forma do art. 156, I, do CTN, docs. 05 e 06, vez que não subsiste qualquer responsabilidade sob o prisma de uma relação obrigacional já liquidada.

Por sua vez, o autuante disse ter agido em observância estrita à legislação específica vigente à época dos fatos geradores, tendo constituído crédito tributário através da lavratura do Auto de Infração, lastreado pelo Demonstrativo de Débito acostado à fl. 17, e as notas fiscais gravadas na mídia eletrônica à fl. 21 do PAF, acrescentando que a legislação do ICMS no seu art. 286, inc. VII, e §2º do RICMS/BA, dispõe que há o instituto do diferimento nas operações de aquisições de refeições destinadas ao consumo dos funcionários do contribuinte contratante das mercadorias, situação esta na qual o legislador atribuía ao destinatário comprador das mercadorias (refeições), a responsabilidade tributária de recolher o ICMS no momento das entradas no seu estabelecimento das refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários, vigência até 31/12/2017.

Observou, ainda o autuante, que o autuado não possui o direito de tentar legislar em causa própria, ao não observar que a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do ICMS nas operações em lide recaem sobre ele, na condição de adquirente das refeições, destacando que nas contratações que envolvam operações mercantis, neste caso específico, ou em outros, as partes legais envolvidas devem conhecer as regras tributárias que regem as operações, e cumprirem as exigências legais nelas contidas.

A este respeito destacou a regra contida no art. 123 do CTN, *verbis*: “Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”, observando que o ordenamento jurídico tributário prevalece sempre em detrimento aos acordos, contratos ou convenções particulares, não sendo admissível, legalmente, que o autuado queira, porque alcançado pela legislação do imposto,

transferir a responsabilidade tributária que recai sobre si, atribuindo arbitrariamente ao fornecedor das refeições a sujeição passiva pela obrigação tributária de apurar e recolher os tributos devidos nas operações em questão, destacando, ainda, não ser obrigação do Fisco investigar, no caso específico, se o fornecedor das refeições lançou as notas fiscais nos seus livros, e se apurou e recolheu os impostos parcial ou integralmente, pois em cumprimento a uma ordem de serviço expedida pela SEFAZ/BA, e principalmente à legislação que deve ser estritamente observada, cumpra-lhe auditar fiscal e contabilmente a empresa que está sendo examinada, neste caso, o adquirente das refeições/autuado, e ao verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, adotar o que dispõe o art. 142 do CTN.

Entendo se encontrar absolutamente correto o posicionamento do autuante, posto que a legislação tributária, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação, era clara ao atribuir ao adquirente das refeições o pagamento do imposto diferido referentes às essas aquisições. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade tributária, atribuída legalmente ao adquirente das refeições, independentemente de que o fornecedor, de forma equivocada, eventualmente tenha efetuado tal recolhimento de forma indevida.

E este é um entendimento assentado neste CONSEF, de onde se extrai inúmeras decisões neste sentido, a exemplo dos Acórdãos 0456-12/17, 0298-12/15, 0263-12/17, 0262-11/15, 0237-11/20 e 0199-11/20, cuja tônica prevalente nestas decisões é em sentido contrário ao argumento defensivo, visto que o art. 286 do RICMS/BA, com a redação vigente à época dos fatos geradores, estabelecia que nas aquisições de refeições para fornecimento aos funcionários, o imposto é diferido e se encerra na entrada do estabelecimento do adquirente, inexistindo previsão legal de exclusão dessa obrigação nas aquisições ocorridas.

Ademais, sendo diferido o lançamento do ICMS, na operação em comento, fica transferida a responsabilidade passiva tributária para o adquirente das mercadorias respectivas, conforme estabelece o art. 7º da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido:

“Art. 7º Dar-se-á o diferimento quando o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação forem adiados para uma etapa posterior, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior.”

Isto posto, julgo subsistente a infração 03 no valor de R\$ 20.904,33.

Quanto ao argumento defensivo de caráter abusivo das multas aplicadas nos percentuais de 100% e de 60%, consideradas pelo autuado de efeito confiscatório, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo mesmo, considero que o autuante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que a Decisão do STF citada pelo autuado, voltada a questão interpretativa de ordem constitucional, foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, o precedente judicial citado na peça de defesa, proferido pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não é vinculante para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou como parte na ação.

Também não há como atender ao pleito do defendente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, sendo às infrações 01 e 03 inteiramente procedentes, nos valores respectivos de R\$ 5.501,63 e R\$ 20.904,33, enquanto a infração 02, no valor de R\$ 25.456,87 é improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207103.0001/22-6, lavrado contra **SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 26.405,96**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 5.501,63 e de 60% sobre R\$ 20.904,33, previstas no Art. 42, incisos V, alínea “b” e II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR