

A. I. N° - 232875.0043/22-9
AUTUADO - DEPÓSITO DE APARAS NOSSA SENHORA DA PENHA LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO LUÍS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/05/2025

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0108-02/25-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL A POSTERIORES SAÍDAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Trata-se de operações de saída com diferimento do lançamento e recolhimento do imposto devido nas operações. Portanto, operações tributadas, ainda que sem destaque do imposto. O diferimento do lançamento previsto no art. 286 do RICMS-BA é instituto jurídico tributário com funcionalidade reversa à antecipação total do imposto por substituição tributária, por postergar o pagamento do imposto devido em toda cadeia de tributação, geralmente, para a última etapa da comercialização. O estorno de crédito pretendido não se inclui nas taxativas hipóteses do art. 312 do RICMS-BA. **Infração Insubistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO POR RETENÇÃO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. PRESTADOR DE SERVIÇOS INSCRITO NO ESTADO DA BAHIA.** Ademais de não constar provado nos autos a retenção e não recolhimento do imposto acusado, não se sujeita à substituição prevista no inciso II do art. 298 do RICMS/BA – redação vigente à época dos fatos -, o sujeito passivo que não tenha contrato formal para realização de prestações sucessivas (obrigação de trato sucessivo) de transportes. Precedentes de ambas as Câmaras. **Infração insubistente; b) OPERAÇÕES EFETUADAS POR EMPRESA TRANSPORTADORA NÃO INSCRITA NESTE ESTADO.** A retenção e recolhimento do imposto prevista no art. 298, I, do RICMS-BA, cujo descumprimento foi reconhecido pelo Impugnante, independe de contrato formalizado. **Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Sem demonstrar/comprovar a correspondente proporção, o próprio Autuante afirma que a mercadoria adquirida em operações interestaduais teve por destino a revenda e o uso e consumo do estabelecimento adquirente/destinatário, operações com distintas tributações. Vício não sanado. Anulado o lançamento de ofício para a infração acusada. Recomendação para novo procedimento fiscal a salvo de falhas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 31/10/2022, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 37.696,70, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – 001.005.002. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto. **Valor:** R\$ 9.944,40. **Período:** janeiro, fevereiro, junho, setembro e dezembro 2018, março, maio e setembro 2019. **Enquadramento legal:** Art. 30, I da Lei 7014/96 c/c art. 312, I do RICMS-BA/2012. **Multa:** 60%, art. 42, VII, “b” da Lei 7014/96.

Complemento: Referente às aquisições de fio torcido utilizado no enfiamento de aparas/sucatas de papel/plástico, com saídas internas beneficiadas pelo diferimento previsto no artigo 286, inciso XVI, do Decreto nº 13.780/12, conforme demonstrativo Penha__2018_2019_Anexo_A/Cindevido, observada a proporcionalidade saídas tributadas x saídas não tributadas, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.

Infração 02 – 007.009.003 – Falta de recolhimento do ICMS por retenção, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais. **Valor:** R\$ 4.320,00. **Período:** outubro 2018 e agosto 2019. **Enquadramento legal:** Art. 8º, V da Lei 7014/96 c/c art. 298, do RICMS-BA. **Multa:** 60%, art. 42, II, “e” da Lei 7014/96.

Complemento: Referente às prestações contratadas às transportadoras SOUZA SOUZA, LOGISTICA LTDA, CNPJ: 16.422.895/0001-92 e VOI TRANSPORTES LTDA CNPJ: 20.008.928/0001-20, estabelecidas na Bahia, que não recolheram o imposto, conforme demonstrativo Penha__2018_2019_Anexo_A/STFretes, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.

Infração 03 – 007.014.003. 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. **Valor:** R\$ 1.800,00. **Período:** outubro e dezembro 2019. **Enquadramento legal:** Art. 34, III, da Lei 7.014/96 c/c art. 298, do RICMS-BA/2012. **Multa:** Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

Complemento: Referente às prestações contratadas à transportadora BELCAM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA, CNPJ: 01.560.842/0001-60, não estabelecidas na Bahia, que não recolheu o imposto, conforme demonstrativo Penha__2018_2019_Anexo_A/STFretes, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.

Infração 04 – 007.015.001 – Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. **Valor:** R\$ 21.632,30. **Período:** fevereiro, maio, setembro e dezembro 2018, março, maio, setembro e dezembro 2019. **Enquadramento legal:** Art. 12-A, da Lei 7.014/96. **Multa:** 60%, Art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

Complemento: Referente às aquisições de fio torcido, conforme Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo Penha__2018_2019_Anexo_A/AntecParcial, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.

O autuado através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 28 a 35. Diz que o fundamento para lavratura do AI consta no Termo de Encerramento e Intimação Fiscal, cuja base principal de argumentações é utilização indevida de crédito tributário e /ou recolhimento a menor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, mas o auto está irregular, pois as fundamentações legais não se subsomem com os fatos geradores nem com o que de fato ocorreu, visto que as operações que supostamente apontam erros estão sob a égide das leis estaduais e decreto do RICMS, de modo a não merecer prosperar no todo.

RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Citando o art. 151 do CTN, reproduz decisão judicial para requerer efeito suspensivo ao recurso administrativo.

MÉRITO

Infração 01

Informa que a atividade é o comércio de resíduos e sucatas de papelão e papel, também captando sucatas para comercialização para envio a fábrica de reciclagem em Santo Amaro para produção de bobina de papel reciclado que, posteriormente, enviada para a unidade de Feira de Santana, a transforma em papelão para caixas de embalagens.

Em tal contexto todas as entradas de sucatas são diferidas, bem como as respectivas saídas, pois, na totalidade, destina-se à empresa Penha Papéis e Embalagens Ltda. Aduz que as saídas eventualmente tributadas se referem a outras sucatas, como garrafas Pet, destinadas a outros polos consumidores.

Reproduzindo o art. 312, I, do RICMS-BA, ressalta que a conclusão do Autuante está equivocada, pois a operação é tributada com imposto diferido, postergando o recolhimento do tributo.

Logo, é lógico não caber exigir estorno de crédito de ICMS com fundamento de a saída subsequente ter ocorrido com diferimento. Argumenta que operação não tributada é a sem fato gerador para incidência do imposto e o art. 312 do RICMS-BA estipula as hipóteses taxativas para exigência do estorno de crédito fiscal e a saída com diferimento não se enquadra nelas, de modo que a Infração não deve subsistir.

Infração 02

Alega ser nula por se pautar em documento fiscal da transportadora, pois a Impugnante não tem ingerência na emissão de notas fiscais da transportadora e no “campo de informações complementares” não se informa ter havido retenção do ICMS pela tomadora do serviço, conforme NFs anexadas. Aduz que o AI não apresenta elementos indicando que a Impugnante reteve imposto, razão pela qual entende nulificar a infração.

Destaca que a Impugnante não pode ser sujeito passivo por substituição porque não há obrigatoriedade legal, em razão de não se ter caracterizado repetidas operações vinculadas a contrato, conforme rezava o art. 298 do RICMS-BA, reproduzido.

Em tal contexto, alega que, além da infração ser nula, pois se usa documento não pertencente à Impugnante, nele não consta informação de retenção de ICMS “para afirmar que a Impugnante teria obrigação de reter o valor do ICMS e não se recolheu e por conseguinte é totalmente nula a infração. Ademais é também improcedente, pois a impugnante não tinha obrigação de efetuar a retenção e tampouco o pagamento, conforme fundamento anterior.

Infração 03

Afirma que o Impugnante não reteve nem recolheu o imposto porque não estava a isso obrigado, já que não possuía vínculo contínuo por contrato com a transportadora, tampouco utilizou seus serviços repetidas vezes. Fala que o Autuante “se equivocou na lavratura dessa infração, pois deixou de considerar que até 31/12/2019, a legislação previa que apenas quando ocorre prestação de serviço vinculado a contrato e constante é que o contribuinte teria obrigação de reter o ICMS.

Infração 04

Alega que no processo de prensa do fardo de papelão, o fio torcido é usado para prender a sucata e, como embalagem, a compõe.

Reproduzindo o art. 312 do RICMS-BA que trata da antecipação parcial nas aquisições de mercadorias para comercialização, diz que não adquire o fio torcido para comercializar, mas somente para, como embalagem, prender os fardos de sucata de papel e papelão, situação não sujeita à antecipação parcial de ICMS.

Ademais, a comercialização de sucata de papel e papelão é “beneficiada” pela substituição tributária “o prorrogaria para a próxima operação, entretanto para fio torcido não ocorreria comercialização, pois é apenas uso e consumo”, de modo que a infração 4, também não procede.

CONCLUSÃO

Pedindo a improcedência do AI, aduz se contrapor “aos débitos indicados na infração do AI, uma vez demonstrado equívoco do colendo fiscal, **haja vista não ter cabimento a exigência de estorno de crédito de ICMS com fundamento de que a saída subsequente ocorreu com diferimento. QUE é nula infração com base em documentos fiscais que não é da impugnada, e ainda que tais operações de frete não serem vinculadas a contrato e repetitivas. QUE não se efetua recolhimento de ICMS por antecipação parcial de produtos que compõem embalagem e não sendo também comercializados**”.

O fiscal autuante ao prestar a Informação Fiscal, fls. 60 a 64, após transcrever o teor das acusações diz passar a abordar as razões defensivas na mesma ordem apresentada na peça inicial.

Diz que o crédito fiscal das aquisições do FIO TORCIDO que o Autuado consumiu para amarrar as sucatas de papel e papelão se refere a transferências para outro estabelecimento, sem tributação.

Fala que o Autuado adquire as aparas/sucatas de papelão com diferimento do ICMS e as transfere para sua unidade fabril (fl. 32), mas também amarra as revendas para destinatários fora da Bahia, como também revende o FIO TORCIDO, conforme NF-es de saídas e, assim, calculou o estorno do crédito fiscal lançado na Infração 01 (fls. 9-12).

Infração 02

Plotando identificação cadastral/relação e DAES – Ano 2019, diz que aqui ocorre a simples negativa do Autuado quanto à sua responsabilidade prevista no art. 8º, V, da Lei 7.014/96, não recolhido pelas transportadoras do serviço.

Infração 03

Reproduzindo o art. 298, I, do RICMS-BA, diz que os valores lançados nesta infração se referem a contratação de prestação de serviços de transportes junto à BELCAM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA., estabelecida no Paraná, conforme se comprova nos CT-es nºs 5141 e 5372.

Infração 04

Diz que o FIO TORCIDO relacionado no demonstrativo suporte (fl. 14) foi adquirido para revenda e, também, consumidas no estabelecimento para amarra das aparas de papel e papelão e o estabelecimento não tem como atividade a industrialização de nenhum produto, pois sua atividade econômica principal é 4687701 – Comércio atacadista de resíduos de papel e papelão, de modo que entende devido o ICMS por antecipação parcial. Portanto, entende devido o ICMS por antecipação parcial, seja para revenda ou para uso como “material de embalagem”

Conclui pedindo que o AI seja julgado procedente.

Às fls. 69-70 consta pedido de diligência à Infaz de origem, onde, após expor os argumentos de defesa e acusação, apresenta algumas considerações para esclarecimentos:

“Considerando que: a) Infração 01: a tributação com recolhimento diferido do imposto devido em operações envolvidas no AI; b) Infração 02: a redação do inciso II do art. 298, do RICMS-BA e Instrução Normativa 67/97; c) Infração 03: Infração 04: as informações contraditórias expostas nos autos acerca do FIO TORCIDO, pois: c.1) na descrição complementar da Infração 01 o Autuante afirma que o FIO TORCIDO é “utilizado no enfardamento de aparas/sucatas de papel/papelão/plásticos, com saídas internas beneficiadas pelo diferimento previsto no artigo 286, inciso XVI, do Decreto nº 13.780/12...” e na Informação da Infração 04 afirma que o FIO TORCIDO é adquirido para revenda e, também, consumidas para amarra das aparas de papel e papelão, enquanto o Impugnante, inclusive em manifestação oral na assentada de julgamento, categoricamente afirmou que

o apenas utiliza o FIO TORCIDO para uso e consumo nas amarras das sucatas, essa 2ª JJF decidiu devolver o PAF em nova diligência à INFAZ de origem para:

- a) Esclarecer a informação contraditória quanto à destinação/utilização do FIO TORCIDO;*
- b) Analisando os argumentos defensivos e os “considerandos” acima, produzir Informação Fiscal acerca da diligência nos termos previstos no § 6º, do art. 127, do RPAF.*

Concluída a diligência, caso haja alteração no valor da exação ou seja aduzido fato novo desconhecido da parte, a outra deve ser comunicada para conhecimento para, querendo, manifestar-se a respeito.

Após transcorrido o prazo pertinente, o PAF deverá ser retornado ao CONSEF para o prosseguimento processual”

Por consequência, a autoridade fiscal autuante prestou a Informação Fiscal de fls. 75-76, informando:

1. Conforme se vê nas NFs de saída, cujo arquivo em meio magnético (formato planilha Excel), há saídas da mercadoria “FIO TORCIDO” a título de revenda – CFOP 5102 (vide fl. 10);
2. O Autuado, conforme se depreende às fls. 31-32, TAMBÉM UTILIZA O “fio torcido”, para amarrar os volumes de sucatas de aparas de papel e, também, de “demais sucatas como garrafas Pet, etc., que são destinadas a outros polos consumidores” fora da Bahia;
3. Portanto, o tratamento dado pelo Autuado ao “FIO TORCIDO” é de material de embalagem, na forma do art. 309, I, “a”, do RICMS-BA;
4. Assim, o Autuado promove saídas tributadas e com ICMS diferido para operações posteriores. Diz que o Autuado recebe as sucatas com o ICMS diferido para a sua posterior saída, e como ele declara à fl. 32, há saídas também amparada com diferimento do recolhimento do imposto, o que “torna a operação desde sua entrada como não tributada”;
5. Portanto, há saídas interestaduais que são tributadas e também saídas “não tributadas (diferidas para o Estado da Bahia) e, portanto, na Infração 01, exige-se o estorno do crédito fiscal pelas entradas/aquisições de “FIO TORCIDO” na proporção das suas saídas tributadas. Ou seja, quando revendidas e acondicionando sucatas tributadas x acondicionando sucatas com diferimento do imposto”.

Assim, o contraditório é quanto ao fato de que o Autuante considera as saídas que o Autuado recebeu com diferimento do ICMS e promoveu a posterior saída também com diferimento do imposto, como não tributada e o Autuado entende que todas as saídas devem ser consideradas tributadas, entendimento que discorda.

Seguindo, reproduzindo o art. 309, I, “a”, do RICMS-BA, diz que as partes (Autuante e Autuado) classificam o “FIO TORCIDO”, como material de embalagem.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Thiago Soares de Souza, OAB/BA nº 27.878, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

Na oportunidade, inicialmente o Procurador do sujeito passivo pede seja observado o Acórdão 0108-04/23VD, que trata de matéria semelhante, e se limita a repisar, com mais detalhes, os argumentos aduzidos na Impugnação.

VOTO

Como acima relatado, acusando cometimento de 04 (quatro) infrações, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$37.696,70.

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

Assim, considerando que: a) conforme documento de fls. 06, bem como do que se percebe nos autos, 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; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § § , 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas, têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04-15), estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Sem preliminar, a defesa consiste em alegar improcedência do Auto de Infração: a) Insubistência da Infração 01, pois: **a.1)** tendo por atividade econômica o comércio de resíduos e sucatas de papelão e papel, 100% das entradas ocorrem com diferimento do recolhimento do ICMS devido; **a.2)** as subseqüentes saídas internas também ocorrem com diferimento do recolhimento de ICMS e apenas as saídas interestaduais ocorrem com destaque de ICMS; b) Infrações 02 e 03): insubsistência, pois: b.1) nas NF-es objeto da autuação não consta informação de retenção do ICMS pela tomadora do serviço de transporte/autuada; b.2) falta de caracterização de repetidas operações vinculadas a contrato, conforme rezava o art. 298 do RICMS-BA; c) Infração 04: Insubistência, pois, não o revendendo, usa o “FIO TORCIDO” objeto de autuação como embalagem/prensagem dos fardos de sucata de papel e papelão, não se aplicando, portanto, a antecipação parcial para mercadoria tributável, ainda que o recolhimento do imposto seja diferido.

Passo ao mérito do caso.

De logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§ § 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso de ferramenta de auditoria de ICMS criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, regularmente transmitidos e recebidos pela SEFAZ sem inconsistências na forma indicada no Ajuste SINIEF 02/09 (Cláusula décima), única escrituração com valor jurídico a provar a favor e contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

A exação tem suporte nos demonstrativos de fls. 09-15, nos quais detalhadamente se identifica as operações objeto da autuação.

Infração 01 - **001.005.002**. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto.

Tem suporte no demonstrativo “Penha_2018_2019_Anexo_A/Cindevido”, resumo impresso (fl. 09), “Cálculo da proporcionalidade” (fl. 12), amostra sintética (fls. 10-11), e completo na mídia CD de fl. 15.

A mercadoria envolvida no caso é o “FIO TORCIDO” adquirido pelo sujeito passivo como embalagem/prensa das sucatas que comercializa e a questão central reside na divergência de entendimento conceitual acerca do instituto jurídico do diferimento do ICMS, já que o Impugnante entende que as operações com diferimento devem ser consideradas “tributadas”, enquanto que, divergindo desse entendimento, a autoridade fiscal autuante entende que são “não tributadas” e, considerando que nos períodos objeto da fiscalização ocorreram operações com diferimento de ICMS e operações com destaque do imposto, exige o estorno do crédito fiscal do ICMS relativo ao “FIO TORCIDO” utilizado no enfardamento de aparas/sucatas de papel/papelão/plástico, com saídas internas beneficiadas pelo diferimento previsto no art. 286, XVI, do RICMS-BA., observada a proporcionalidade “saídas tributadas” x “saídas não tributadas”.

Para encaminhar a solução do contraditório, com meus pertinentes destaques, cabe a seguinte normativa:

RICMS-BA

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

...

XVI - nas sucessivas saídas internas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos, bem como nas sucessivas saídas internas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias;

...

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço.

Ora, vê-se no caput do art. 286 que o que se difere no caso é o **lançamento** do ICMS e, por óbvio o recolhimento/pagamento do imposto devido na ocorrência da operação tributada sob o citado instituto jurídico tributário. Em outras palavras, o diferimento do ICMS é um mecanismo que adia tanto o lançamento quanto o recolhimento/pagamento do imposto para um momento posterior na cadeia de comercialização de uma operação tributável, geralmente para o momento da venda final da mercadoria. Isso significa que, em vez de pagar o ICMS em cada etapa da circulação da mercadoria, o pagamento é postergado, aliviando o fluxo de caixa das empresas e simplificando o processo tributário em certos casos. Ou seja, tem uma funcionalidade reversa a uma operação tributável sob o instituto jurídico da antecipação total de todo o imposto devido na cadeia de comercialização da mercadoria.

Portanto, não sendo operação **não tributada ou isenta**, taxativas hipóteses previstas no art. 312, I, do RICMS-BA, não cabe o estono proporcional do crédito do lançamento de ofício em apreço e correspondente à exação pela suposta Infração 01.

Infração insubsistente.

Infração 02 - **007.009.003** – Falta de recolhimento do ICMS por retenção, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais.

Tem suporte no demonstrativo “Penha_2018_2019_Anexo_A/STFretes, impresso (fl. 13) e na mídia CD de fl. 15. Referente a 05 (cinco) operações de serviço de transportes tomadas pelo contribuinte autuado junto às transportadoras SOUZA SOUZA LOGISTICA e VOI TRANSPORTES LTDA, estabelecidas na Bahia, nos períodos Outubro 2018 e agosto 2019.

O sujeito passivo alega que: b.1) nas NF-es objeto da autuação não consta informação de retenção do ICMS pela tomadora do serviço de transporte/autuada; b.2) falta de caracterização de repetidas operações vinculadas a contrato, conforme rezava o art. 298 do RICMS-BA;

Plotando identificação cadastral/relação e DAES – Ano 2019 de uma das transportadoras (VOI TRANSPORTES LTDA) sem indicação de recolhimento de ICMS, a autoridade fiscal autuante informa: a) que o Autuado apenas nega a sua responsabilidade como prevista no art. 8º, V, da Lei 7.014/96 e relacionada ao não recolhimento do imposto pelas transportadoras que lhe prestaram o serviço; b) os CT-es relacionados no demonstrativo suporte de fl. 13, comprovam a acusação fiscal,

Ao modo da anterior, para encaminhar a solução do contraditório, com meus pertinentes destaques, cabe a seguinte normativa:

RICMS-BA

Redação originária dada ao art. 298, efeitos até 31/12/19:

“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.

§ 1º Relativamente ao disposto no inciso I, observar-se-á o seguinte:

I - a nota fiscal emitida pelo contribuinte substituto deverá conter no campo “informações complementares” a base de cálculo e o valor do imposto retido referente ao serviço de transporte;

Compulsando os autos, os elementos de prova nele constituídos e analisando os argumentos de acusação e defesa frente à normativa a respeito, constato a impertinência da acusação fiscal pelas seguintes razões:

A uma, porque, se a acusação fiscal é que o sujeito passivo reteve e não recolheu o ICMS devido pelos serviços de transporte prestados pelas transportadoras, na Informação Fiscal posterior à Impugnação, ademais de não contrastar o argumento defensivo relativo à falta de informação relativa a retenção do ICMS devido pelo serviço de transporte nos respectivos documentos fiscais que registram o serviço tomado, contradizendo a acusação fiscal (retenção e não recolhimento do imposto), inadvertidamente a autoridade fiscal autuante registra que “os conhecimentos de transporte relacionados no demonstrativo de fls. 13, mês 10/2018 e 8/2019 comprovam que não reteve o ICMS Substituição Tributária – previsto no artigo 8º, inciso V, da Lei nº 7.014/96 c/c artigo 298, do Decreto nº 13.780/12”.

A duas, sendo as transportadoras inscritas na Bahia o sujeito passivo, como retro reproduzida, a normativa vigente à época das operações objeto da exação não obrigava a retenção do imposto pretendida no lançamento tributário de ofício em apreço.

A três, porque, além de não haver sido comprovado nos autos a existência de contrato formal para prestação de serviço de transporte pelas empresas transportadoras elencadas pelo Autuante, ainda que sucessivas fossem as operações (o que não é o caso de apenas cinco operações ocorridas nos dois exercícios fiscalizados), até 31/12/2019 não se sujeitava à substituição prevista no inciso II do art. 298 do RICMS/BA, o contribuinte tomador do serviço de transporte que não tivesse contrato formal para realização de prestações sucessivas (obrigação de trato sucessivo) de transportes (Precedentes CONSEF: Acórdãos A-372-11.22-VD, A-314-11.21-VD, A-303-11.22-VD)

Infração insubsistente.

Infração 03 - **007.014.003**. 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.

Tem suporte no demonstrativo “Penha_2018_2019_Anexo_A/STFretes, impresso (fl. 13) e na mídia

CD de fl. 15. Referente a 02 (duas) operações de serviço de transportes tomadas pelo contribuinte autuado junto à transportadora BELCAM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA, CNPJ: 01.560.842/0001-60 em 04/10 e 14/12/2019, **não** estabelecida na Bahia, que não recolheu o imposto, conforme demonstrativo Penha_2018_2019_Anexo_A/STFretes.

Para esta infração, o Impugnante afirma que não reteve nem recolheu o imposto devido nas operações objeto da autuação porque não possuía vínculo contínuo por contrato com a transportadora e não utilizou seus serviços repetidas vezes.

Sem embargo, diferentemente da infração anterior, sendo a empresa que lhe prestou o serviço contribuinte NÃO inscrito como contribuinte na Bahia, ainda que sob a regência do artigo 298 vigente à época dos fatos geradores, como destacado no dispositivo legal retro reproduzido, a obrigação tributária confessadamente descumprida pelo sujeito passivo constava prevista no inciso I do art. 298, do RICMS-BA.

Assim, não tendo comprovado o eventual recolhimento do imposto aqui exigido, pela empresa que lhe prestou o serviço, por ele próprio na qualidade de responsável pela retenção, ou mesmo por terceiro em seu nome, é de se concluir pela subsistência da acusação fiscal.

Infração subsistente.

Infração 04 – 007.015.001 – Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Tem suporte no demonstrativo “Penha_2018_2019_Anexo_A/AnteciParcial, impresso (fl. 14) e na mídia CD de fl. 15. Referente a 08 (oito) operações interestaduais de aquisições de fio torcido no Estado de São Paulo.

O Impugnante alega insubsistência, pois, não o revendendo, usa o “FIO TORCIDO” objeto de autuação como embalagem/prensagem dos fardos de sucata de papel e papelão, não se aplicando, portanto, a antecipação parcial para mercadoria tributável, ainda que o recolhimento do imposto seja diferido, uma vez que **usa o FIO TORCIDO para uso e consumo do estabelecimento autuado.**

Por sua vez, o Autuante diz que o FIO TORCIDO relacionado no demonstrativo suporte (fl. 14) foi adquirido para revenda e, também, **consumido no estabelecimento** para amarra das aparas de papel e papelão na sua atividade econômica (4687701 – Comércio atacadista de resíduos de papel e papelão), de modo que entende devido o ICMS por antecipação parcial, seja adquirido para revenda ou para uso como “material de embalagem” e tanto ele, Autuante, como o contribuinte autuado, classificam o “FIO TORCIDO”, como material de embalagem.

A infração foi enquadrada no art. 12-A da Lei 7.14/96, cujo teor é:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

No contraditório instalado se vê que a própria autoridade fiscal afirma que o estabelecimento autuado tanto revende o objeto da acusação fiscal (FIO TORCIDO adquirido nas operações interestaduais), como o destina para uso e consumo no estabelecimento autuado.

Pois bem. Se para as mercadorias adquiridas em operações interestaduais para revenda na Bahia a legislação prevê exigência de antecipação parcial do imposto, nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado na Bahia, contribuinte ou não do imposto, devido é o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual, cabendo ao destinatário localizado neste Estado, quando este for contribuinte do imposto, a responsabilidade pelo recolhimento da citada diferença do imposto:

Lei 7.014/96

Art. 2º O ICMS incide sobre:

...

IV - as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto;

...

§ 4º Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual caberá ao:

I - destinatário localizado neste Estado, quando este for contribuinte do imposto, inclusive se optante pelo Simples Nacional.

Então, vê-se no caso potencial existência de duas infrações e não estando nos autos demonstração/comprovação da proporcional destinação do FIO TORCIDO adquirido nas operações interestaduais relacionadas no demonstrativo suporte da Infração 04, vejo que o lançamento de ofício relativo à infração em apreço, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração acusada que, não podendo ser sanado nos termos previstos no § 1º, do art. 18, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, representa vício que o macula de nulidade nos termos do inciso IV, “a” do citado artigo do RPAF:

Art. 18. São nulos:

...

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Portanto, tenho por nulo o lançamento de ofício relativo à Infração 04, ao tempo que, com fundamento no art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, representa-se à autoridade administrativa competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas:

Art. 156. Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.

Infração nula.

Ante 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 232875.0043/22-9, lavrado contra **DEPÓSITO DE APARAS NOSSA SENHORA DA PENHA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.800,00**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2025

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO – JULGADORA