

PROCESSO - A. I. Nº 269181.1201/04-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COOPERATIVA DOS MOTORISTAS AUTÔNOMOS DO PASSÉ LTDA. (COOMAP)
RECORRIDOS - COOPERATIVA DOS MOTORISTAS AUTÔNOMOS DO PASSÉ LTDA. (COOMAP) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0149-02/05
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 18/08/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0282-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a decisão de primeira instância, por não ter apreciado todas as alegações da defesa. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 22/12/2004, que exige ICMS no valor de R\$884.146,39, em razão da falta de recolhimento, no prazo regulamentar, de ICMS referente à Prestação de Serviço de Transporte não escriturada nos livros fiscais próprios.

Foram emitidas Notas Fiscais de Prestação de Serviços, nas operações de prestação de serviços de transporte de passageiros em roteiros intermunicipais, não sendo apurado o ICMS devido nas referidas operações.

O autuado ingressa com defesa, argumentando:

- 1- que foi considerado no Auto de Infração que todas as prestações de serviço de transporte foram realizadas no Estado da Bahia, o que não corresponde à realidade;
- 2- que houve também locação de automóveis;
- 3- que a diferença de locação para prestação de serviço de transporte, é que a primeira consiste em estar o veículo à disposição do tomador, que o usufrui como se fosse seu e é de sua total responsabilidade; já na prestação de serviço de transporte o objeto será o mero transporte, assumindo o transportador todas responsabilidades.
- 4- com relação aos contratos cada um possui a sua particularidade; o contrato com a TRANSPETRO é exclusivamente de prestação de serviço de transporte e serve para Bahia e Pernambuco, só que o carro que presta serviço para Bahia não presta para Pernambuco e vice-versa; porém, o autuante os considerou como prestando serviço para a Bahia, e esse equívoco se deve porque nas notas fiscais para Pernambuco está assentado como Município da Bahia, no entanto no preenchimento das notas fiscais fica explícito que o transporte é feito para município de Pernambuco; dessa forma não estão sujeitas ao ICMS do Estado da Bahia.
- 5- que o contrato com a PETROBRÁS é para a locação de veículos, para operação na Refinaria Landufo Alves e nos contratos já estão discriminados os tributos incidentes, definidos no processo licitatório; concluído esse processo e assinado o contrato, na execução a Petrobrás retém os respectivos tributos, seja ISS ou ICMS, conforme a natureza, transporte ou locação;

- 6- demonstra que nos serviços para a Petrobrás, vêm declarados, nas notas fiscais, o tipo de serviço que foi prestado, e em destaque o imposto devido; entende que o lançamento apresenta falhas, ao lançar mão de informações para a formação de preço para descaracterizar a locação, não levando em conta se o veículo está ou não à disposição da locatária, o que é de fundamental importância para definir a incidência ou não do tributo.
- 7- que a TERMOBAHIA possui o mesmo regime da PETROBRÁS e da TRANSPETRO, assim como os procedimentos de retenção tributária; que não pertine os valores apurados nas Notas Fiscais emitidas para a TERMOBAHIA, cujo tributo retido e recolhido tenha sido o ISS.
- 8- que o contrato com a FUNDAÇÃO JOSÉ SILVEIRA baseia-se na locação dos automóveis, os quais são operados pela locatária, tanto é assim, que este contrato não especifica a quilometragem, sendo ela livre; o autuante lança mão de informações para a formação do preço, para descaracterizá-lo como locação; contudo, trata-se de locação de veículos operados pela locatária, que determina a sua utilização; Tanto assim, que no contrato além da previsão de quilometragem livre, contratada, uma parcela refere-se à quilometragem excedida.
- 9- quanto à PREFEITURA DE SÃO SEBASTIÃO DO PASSE E DE CATU, os serviços atendem as duas naturezas, contudo as notas fiscais, objeto da autuação, referem-se a locação de ônibus e vans devidamente licenciados, daí o autuado, não obstante haver sofrido a retenção do ISS por parte dos respectivos municípios, submete-se ao quanto posto no AI e está ultimando as determinações para que se proceda o parcelamento, na forma prevista na legislação.
- 10- que, além dos contratos já declarados, é prestadora de serviço para o MOVIMENTO DOS SEM TERRA (MST), SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE SÃO SEBASTIÃO DO PASSÉ e a empresa FALCÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA; nesses casos apresentou as notas fiscais, que foram apensadas ao processo, e não obstante haja recolhido o ISS, reconsidera o entendimento, razão pelo qual está determinando o respectivo pagamento do ICMS.

Pede a procedência parcial do Auto de Infração, mas reinvidica o crédito presumido da ordem de 20%, conforme disposto no art. 96, XI do RICMS/97.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 950 a 952, nos seguintes termos:

Entende que quando o contribuinte fornece ao tomador de serviço o veículo, tendo responsabilidade quanto ao combustível, manutenção e sendo os motoristas seus empregados configura-se um serviço de transporte e não uma locação.

Quanto aos contratos celebrados com a TRANSPETRO e com a PETROBRÁS, vê-se nas suas cláusulas que a responsabilidade pelo veículo, sua conservação e de seu motorista é do autuado, e não do tomador de serviço. Outros contratos podem ser analisados e verificados que correspondem a serviço de transporte de pessoal e de cargas.

Quanto ao contrato celebrado com a TERMOBAHIA também pode se verificar que a responsabilidade é toda da COOMAP e não do tomador de serviço. Já o contrato com a FUNDAÇÃO JOSÉ SILVEIRA, restringe-se a serviço de transporte de passageiros e não de locação de veículos.

No que se refere ao MOVIMENTO DOS SEM TERRAS, PREFEITURA DE SÃO SEBASTIÃO DO PASSÉ, PREFEITURA MUNICIPAL DE CATU, O SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE SÃO SEBASTIÃO DO PASSÉ e a empresa FALCÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, o contribuinte reconhece a autuação.

Entende que descabe o direito de crédito presumido de 20% do valor do ICMS devido nas prestações, pois o RICMS/BA é claro ao afirmar é uma opção do contribuinte e que deve ser

lavrado Termo de Opção no Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrência, consignando, entre outros dados, a data do benefício. Ademais, o autuado goza do benefício de calcular o imposto, aplicando o percentual de 5% sobre o valor da receita bruta, prevista no art. 505-A do RICMS/BA, já contemplado no cálculo do valor devido no Auto de Infração.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que o sujeito passivo pode exercer a ampla defesa, e que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, estando o lançamento apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, trata-se de Auto de Infração em que está se exigindo o ICMS relativo às prestações de serviços de transportes, efetuada por Cooperativa dos Motoristas Autônomos do Passé Ltda., em virtude de contatos realizados com empresas particulares, para o transporte de seus empregados.

O autuado, em sua peça de defesa, reconhece parcialmente o cometimento da infração, e insurge-se contra o crédito tributário que lhe está sendo exigido, sob o argumento de que se trata de contrato de locação, sendo devido apenas o tributo para o município (ISS).

Em consulta à doutrina, encontramos em Caio Mário da Silva Pereira, (Instituições de Direito Civil, Vol. VIII, pág. 272, 11ª edição, Ed. Forense) o conceito de que, “Locação é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a ceder temporariamente o uso e gozo de uma coisa não fungível, mediante certa remuneração”

Deve-se atentar para o fato de que na locação, a característica conceitual está na temporariedade do uso e na restituição integral da coisa.

Segundo disposição do Código Civil, o contrato de transporte é aquele pelo qual alguém mediante retribuição, se obriga a receber pessoas ou coisas (animadas ou inanimadas) e levá-las até o lugar do destino, com segurança, presteza e conforto. (art. 730).

O contrato celebra-se entre o transportador ou condutor e a pessoa que vai ser transportada (passageiro ou viajante), e tem como características ser bilateral, oneroso, comutativo e consensual. Ademais, o transportador obriga-se, essencialmente, a conduzir a pessoa, de um local para outro, em tempo certo e previamente estabelecido, no horário publicado, ou segundo o estipulado, e a coberto de riscos.

Na presente lide, foram alcançados contratos celebrados com as empresas Petrobrás - Petróleo Brasileiro S.A, Termobahia S.A, Petrobrás Transportes S.A - Transpetro, estando anexos aos autos.

Ocorre que a responsabilidade 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, é do tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, nas prestações sucessivas de transporte, nos termos do art. 382 do RICMS/97, como segue:

Art. 382. *Quanto à responsabilidade de que cuida o inciso II do art. 380, nas prestações de serviços de transporte que envolvam repetidas prestações:*

I - *o tomador do serviço de transporte, tanto na condição de remetente como de destinatário, quando inscrito neste Estado como contribuinte normal, assumirá a responsabilidade pelo imposto devido pelo prestador, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo observar o seguinte:*

a) *fará constar, nas Notas Fiscais que acompanhem a carga:*

1 - *declaração de que o ICMS sobre o serviço de transporte é de responsabilidade do*

tomador;

2 - a expressão: “Dispensa de emissão de conhecimento de transporte a cada prestação autorizada nos termos do inciso II do art. 382 do RICMS.

b) tratando-se de transporte de pessoas, é dispensada a emissão de qualquer documento fiscal a cada prestação, sendo bastante que o transporte seja feito acompanhado de cópia autenticada do ato concessivo da autorização de que cuida o inciso seguinte;

Em consulta às Informações Cadastrais desta Secretaria de Fazenda, constatei que todas as empresas acima são inscritas no cadastro normal de contribuintes de ICMS, neste Estado, e como tal são responsáveis 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, na qualidade de tomadoras (contratante), nas prestações sucessivas de transporte, nos termos do art. 382 do RICMS/97.

Portanto, não cabe exigir do autuado o ICMS relativo às prestações de serviços de transporte, em decorrência de contratos firmados com aquelas empresas, por ilegitimidade passiva.

Assim, entendo que é nula a autuação na parte relativa à cobrança de ICMS das empresas Petrobrás (Inscrição nº 009.073.803), Transpetro (Inscrição nº 009.073.803), Termobahia (Inscrição nº 53.658.995), devendo ser renovada a ação fiscal, para apuração de possíveis créditos tributários, junto aquelas empresas.

Quanto ao contrato celebrado com a Fundação José Silveira, de fls. 550 a 558, em que figuram como CONTRATADA, o autuado, e como CONTRATANTE, a Fundação, de sua leitura, concluo que, efetivamente, trata-se de prestação de serviços de transporte, pois há exclusividade em sua prestação, toda a responsabilidade pelo serviço prestado é do transportador, o itinerário é fixo, com roteiro preestabelecido.

Para fundamentar esta conclusão, cito a seguir algumas cláusulas contratuais, como segue:

Na cláusula segunda o itinerário encontra-se estabelecido, tal como Trecho 01 – Salvador – Araçás, Trecho 02 – Alagoinhas – Buracica - Araçás e Trecho 03 – Alagoinhas – Bálsamo. No item 2.5 está estipulado que a Contratada prestará os serviços de segunda a Seta-Feira, com carga horária diária de 12 horas, devendo ser paga as horas excedentes ao preço de R\$ 5,00 (cinco reais).

Item 6.5, reza que a CONTRATADA deverá refazer, às usas expensas e de imediato, os serviços recusados pela Contratante, sendo que na hipótese em que a Contratante não queira que os serviços sejam feitos pela Contratada, esta, desde já, autorizada a contratar uma terceira empresa para concluir o serviço recusado.

Item 6.6. A CONTRATADA deve manter seus empregados/cooperados normalmente uniformizados, de acordo com o padrão da Contratante para Uniformes de Terceiros, anexo a este contrato, assim como fornecer e manter os seus empregados/cooperados equipados com os EPIs necessários, de acordo com a legislação em vigor.

Item 7.2 A CONTRATADA assume total e exclusiva responsabilidade sobre todo e qualquer acidente de trabalho, trajeto ou doença profissional ocorrido com seus empregados/cooperados e daquelas a seu serviço, devendo responder, civil e criminalmente, sem qualquer limitação.

Item 11.1.4 – Interrupção na prestação dos serviços devido à ocorrência de caso fortuito ou de força maior, conforme previsto na Cláusula 13º abaixo, que perdure por mais de 20 (vinte) dias corridos, ficando deste já acordado que, nesta hipótese, a CONTRATANTE, pagará à

CONTRATADA apenas a importância correspondente aos dias de efetiva prestação dos serviços.

Item 14.1 A CONTRATANTE deverá a seu exclusivo critério suspender parcial ou totalmente os serviços, avisando a CONTRATADA com antecedência mínima de 15 (quinze) dias a suspensão dos serviços.

Portanto, da análise do referido contrato, concluo que o objeto é a prestação de serviços de transporte intermunicipal, sendo legítima a exigência fiscal.

Ressalte-se que o autuado reconheceu a procedência dos valores cobrados referentes às notas fiscais que tiveram como emitentes a Prefeitura Municipal de São Sebastião do Passé, a Prefeitura Municipal de Catu, o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, o Sindicato de Trabalhadores Rurais de São Sebastião do Passé e a empresa Falcão Indústria e Comércio.

Deste modo, a planilha do ICMS devido nas operações de prestação de serviço de transporte de passageiros em roteiros intermunicipais, de fls. 12 a 19, assume a seguinte feição:

<i>Data</i>	<i>NFPS</i>	<i>Destinatário</i>	<i>Roteiro</i>	<i>Valor total</i>	<i>Aliquota</i>	<i>ICMS devido</i>
06/04/2000	597	Mov. s/ Terra	Sto Amaro-P. Seguro	2.000,00	17	340,00
02/03/2001	835	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.255,68	17	723,47
04/04/2001	880	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.255,68	17	723,47
23/04/2001	888	Falcão	SSA-Camaçari	1.080,00	17	183,60
27/04/2001	897	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.255,68	17	723,47
29/05/2001	925	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	1.134,85	17	192,92
29/05/2001	926	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	2.800,17	17	476,03
26/06/2001	943	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.500,25	17	765,04
05/07/2001	975	Pref. M. S Passé	SSA-S. Sebastião	3.600,00	17	612,00
30/07/2001	989	Pref. M. S Passe	Idem	3.600,00	17	612,00
30/07/2001	990	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.501,00	17	765,17
27/08/2001	1011	Pref. M. Catu	Idem	4.503,25	17	765,55
27/08/2001	1012	Pref. M. S. Passé	SSA-S. Sebastião	3.600,00	5	180,00
26/09/2001	1038	Pref. M. Catu	Catu-Salvador	4.502,50	17	765,43
27/11/2001	1101	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.510,00	17	766,70
26/12/2001	1133	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.502,50	17	765,43
30/01/2002	1167	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.509,25	17	766,57
26/02/2002	1170	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.525,00	17	769,25
26/03/2002	1247	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.510,00	17	766,70
26/04/2002	1282	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.502,40	17	765,41
20/05/2002	1301	Sind Trab Rurais	São Sebastião Passe	1.428,00	17	242,76
04/06/2002	1316	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.501,00	17	765,17
27/06/2002	1352	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.500,25	17	765,04
30/07/2002	1381	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	4.502,40	17	765,41

29/01/2003	1563	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	4.829,50	5	241,48
25/02/2003	1594	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	9.808,75	5	490,44
26/03/2003	1624	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	9.164,75	5	458,24
10/03/2002	1605	Pref. M. Catu	Catu/Salvador	5.454,54	5	272,73
10/03/2003	1612	Idem	Idem	6.000,00	5	300,00
08/04/2003	1647	Pref.M.; Catu	Catu/Salvador	6.000,00	5	300,00
24/04/2003	1656	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	9.633,14	5	481,66
13/05/2003	1672	Pref. M. Catu	Catu-Salvador	5.600,00	5	280,00
21/05/2003	1684	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	10.498,50	5	524,93
06/06/2003	1767	Pref. M. Catu	Catu-Salvador	6.000,00	5	300,00
03/07/2003	1795	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	12.813,90	5	640,70
09/07/2003	1814	Pref.M.Catu	Catu-Salvador	6.000,00	5	300,00
29/07/2003	1830	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	11.648,15	5	582,41
08/08/2003	1846	Pref. M. Catu	Catu-Salvador	6.500,00	5	325,00
27/08/2003	1867	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	12.141,20	5	607,06
15/09/2003	1895	Pref. M. Catu	Catu-Salvador	8.247,42	5	412,37
24/09/2003	1904	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	10.337,30	5	516,87
20/10/2003	1935	Pref. M. Catu	Catu-Salvador	8.762,30	5	438,12
22/10/2003	1942	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	10.534,15	5	526,71
18/11/2003	1981	Pref. M. Catu	Catu-Salvador	8.762,30	5	438,12
24/11/2003	1985	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	10.886,60	5	544,33
10/12/2003	2004	Pref. M. Catu	Catu-Salvador	8.762,30	5	438,12
29/12/2003	2014	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	10.790,90	5	539,55
16/01/2004	2033	Pref. M. Catu	Catu-Salvador	6.702,00	5	335,10
27/01/2004	2047	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	13.296,70	5	664,84
04/02/2004	2053	Pref. M. Catu	Catu-Salvador	9.485,00	5	474,25
11/03/2004	2097	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	14.751,25	5	737,56
24/03/2004	2122	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	14.890,72	5	744,54
26/04/2004	2172	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	14.543,44	5	727,17
03/05/2004	2175	Fund. J. Silveira	Contrato 01.2003-1	344,00	5	17,20
					Total	28.626,09

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.

O autuado apresenta EMBARGOS DE DECLARAÇÃO objetivando obter esclarecimentos a respeito de sua alegação de que faz jus ao crédito de 20% no período anterior ao regime especial de recolhimento de 5% sobre a receita bruta, em face da JJF não haver se pronunciado sobre o assunto.

A PGE/PROFIS manifesta-se nos seguintes termos:

“Da análise dos Autos observo inicialmente que os presentes embargos não podendo ser processados como tal, uma vez que não estão previstos no RPAF/99, podem ser processados

como Recurso Voluntário, por pertinência e aplicação do princípio da fungibilidade dos Recursos.

De fato, o relatório da Decisão recorrida faz menção expressa às alegações de que o autuado faria jus ao crédito de 20%, nos termos do art. 96, XI, do RICMS (fls. 956).

Ocorre que o voto não decide sobre tais alegações, o que conduz, sem dúvida, à nulidade da Decisão recorrida.

Diante disso, opino pela DECRETAÇÃO da nulidade da Decisão recorrida para que retorne à Primeira Instância para novo julgamento a salvo de omissão”.

VOTO

Acompanho integralmente o entendimento da ilustre procuradora, pois, analisando detalhadamente os termos da Decisão de Primeira Instância, o relator do processo não levou em consideração as alegações do autuado, no que diz respeito à reinvidicação quanto ao seu direito ao crédito de 20%. Em face do exposto, voto pela NULIDADE da Decisão recorrida, devendo retornar o PAF à Primeira Instância para novo julgamento com a devida correção da omissão caracterizada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 269181.1201/04-2, lavrado contra **COOPERATIVA DOS MOTORISTAS AUTÔNOMOS DO PASSÉ LTDA. (COOMAP)**. Devolva-se o PAF à Primeira Instância para novo julgamento com devida correção da omissão caracterizada.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS