

PROCESSO - A. I. N° 2094700004/07-5
RECORRENTE - C.C. MINERAÇÃO LTDA. (MINERAÇÃO CAMBUQUIRA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0254-02/08
ORIGEM - INFRAZ ITAPETINGA
INTERNET - 01/06/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0118-12/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL EFETUADA POR AUTÔNOMO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O remetente de mercadoria, quando inscrito na condição “Normal” e desde que tenha sido o contratante do serviço, é responsável pelo recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao serviço de transporte prestado por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste Estado. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal (2^a JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor total de R\$21.487,16, em decorrência de duas infrações.

É objeto do Recurso Voluntário apenas a infração 2, na qual o autuado foi acusado de ter deixado de proceder à retenção do ICMS, no valor de R\$18.700,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuada por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses de fevereiro e dezembro de 2002, janeiro de 2003 a dezembro de 2006, referente às notas fiscais relacionadas nos demonstrativo às fls. 11 a 15.

O autuado apresentou defesa (fls. 413 a 420) e, referindo-se à infração 2, alegou que os produtos destinados à exportação eram isentos de ICMS. Disse que as operações foram realizadas a preço FOB e, portanto, não era o responsável pelo imposto devido em relação ao serviço de transporte.

Na informação fiscal, fl. 645 a 646, o autuante explicou que o serviço de transporte seria isento do ICMS, se a mercadoria fosse destinada à exportação, porém nem o autuado e nem o destinatário possuíam regime especial para esse fim. Manteve a autuação.

Em 04/07/2008, o sócio da empresa autuada, Hélio Correia de Mello, se pronunciou nos autos, aduzindo que inexistiu fato gerador do ICMS, pois as operações foram realizadas a preço FOB. Citou ação de indenização movida pela Viação Águia Branca contra a sua empresa, na qual a sua responsabilidade foi afastada em razão de a operação estar sendo realizada com a cláusula FOB.

Por meio do Acórdão JJF N° 0254-02/08, a infração 2 foi julgada procedente. Ao fundamentar o seu voto, o ilustre relator salientou que não ficou comprovado nos autos que as operações listadas na infração em tela eram destinadas à exportação, bem como não restou demonstrado que o autuado possuía regime especial para esse fim. Após afirmar que nas notas fiscais emitidas pelo autuado, no campo destinado a “informações complementares”, constavam o valor do frete, o valor do ICMS e a observação de que o imposto seria recolhido pelo remetente, o relator concluiu que estava, portanto, caracterizada a responsabilidade tributária do autuado pelo recolhimento do imposto sobre o transporte, nos termos do art. 380, I e II, do RICMS-BA.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, fls. 669 a 672, alegando que o Acórdão JJF Nº 0254-02/08 merece ser reformado.

O recorrente afirma que a Lei Kandir prevê que a comprovação da exportação será feita por meio do recolhimento dos Memorandos de Exportação à repartição fazendária fiscal, até seis meses após a emissão da nota fiscal de exportação. Explica que os blocos de granitos eram vendidos para europeus e americanos, porém, em razão das longas tratativas comerciais, o prazo para a expedição dos Manifestos de Exportação vencia e, assim, ficava impossibilitado de apresentar esses manifestos no prazo legal. Diz que, no entanto, isso não significava que as mercadorias não foram efetivamente exportadas, ficando o seu transporte livre da incidência do ICMS, conforme preceituam os artigos 581 e 582 c/c o artigo 8º, todos do RICMS-BA.

O recorrente frisa que as notas fiscais por ele emitidas não informavam que o ICMS seria recolhido pelo remetente das mercadorias, porém constava nessas notas que o frete seria por conta do destinatário, havendo nas notas fiscais, no campo destinado aos dados referentes ao “transportador”, a escolha da opção “2”.

Menciona que, conforme o seu contrato social, desenvolve as atividades de pesquisa, extração, industrialização, comercialização e exportação de mármores, granitos e pedras preciosas, não figurando o serviço de transporte dentre as suas atividades.

Faz alusão a um contrato de arrendamento mercantil celebrado em 26/07/00 com a empresa Granito e Mármores Machado Ltda. (fls. 440 a 443) e diz que, segundo esse contrato, na sua fase experimental, foi permitido que a citada empresa utilizasse notas fiscais do recorrente, ficando, porém, aquela empresa responsável pelos encargos tributários advindos dessas operações.

Diz que ao encerrar o contrato com a empresa Granito e Mármores Machado Ltda., em 12/05/06, celebrou acordo de exportação com a Granito Exportação de Mármores e Granitos Ltda. (fls. 446 a 450), no qual ficou estabelecido que os produtos seriam vendidos a preço FOB.

Assegura que, nos contratos celebrados para a comercialização de seus produtos, os transportadores eram sempre contratados e pagos pelos compradores, ficando o recorrente apenas obrigado a colocar os produtos a bordo do caminhão. Diz que, desse modo, a sua obrigação se limitava ao pagamento do imposto devido sobre as mercadorias vendidas.

Menciona que das notas fiscais arroladas na autuação, apenas quatorze são referentes a mercadorias transportadas por empresa ou caminhoneiros do Estado da Bahia, e pouco mais de 5% dos transportadores foram contratados pelo adquirente na Bahia.

Aduz que em 2004 a empresa Águia Branca propôs Ação Indenizatória (nº 012.04.005531-6 - Cariacica – ES) contra o recorrente, em virtude de um acidente entre um ônibus e um caminhão que transportava granito comercializado pelo recorrente. Frisa que foi excluído da lide por haver celebrado contrato de compra e venda com a cláusula FOB, o que fez com que a responsabilidade pelo acidente ficasse a cargo do transportador contratado pelo comprador do granito.

Reitera que não possui débito decorrente de ICMS sobre frete, pois não era o responsável pelo transporte das mercadorias que comercializava, ficando tal atividade a cargo dos compradores, conforme as notas fiscais juntadas ao processo.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita que a Decisão recorrida seja reformada e que a infração 2 seja julgada improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 677 e 678, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o disposto no artigo 380, inciso I, alínea “a”, do RICMS-BA, prevê a hipótese de responsabilidade tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Diz que há uma completa adequação da norma à hipótese apresentada nos autos, pois o recorrente, remetente das mercadorias, contratava serviço de transporte de autônomo ou de não inscrito no Cadastro de Contribuinte deste Estado, o que lhe imputava a condição de substituto tributário relativamente ao tributo devido sobre a prestação de serviço de transporte. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto à questão da exportação das mercadorias produzidas pelo recorrente, observo que nas notas fiscais acostadas ao processo consta que a natureza das operações de saídas realizadas era “Venda” (CFOP 6101 - Venda de Produção do Estabelecimento). Também verifico que não foi trazido ao processo qualquer elemento capaz de comprovar as exportações a que fez alusão o recorrente. Não há, portanto, como se considerar que as mercadorias arroladas na autuação tenham saído do estabelecimento do recorrente para o fim de exportação, mesmo que essa exportação fosse realizada de forma indireta. Se as mercadorias foram exportadas pelas empresas adquirentes, esse fato ocorreu posteriormente às operações listadas neste lançamento de ofício e, assim, não são capazes de elidir a autuação.

Nas prestações de serviço de transporte, o contribuinte do ICMS incidente sobre o frete é o prestador do serviço. Todavia, quando nas prestações interestaduais esse serviço é efetuado por autônomos ou por empresas não inscritas neste Estado, a legislação tributária estadual atribui ao remetente das mercadorias, quando inscrito como “Normal” e desde que tenha sido o contratante do serviço, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, conforme previsto no artigo 380, I, “a”, do RICMS-BA, cujo teor transcrevo a seguir:

“Art. 380. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte:

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

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

É relevante observar que essa responsabilidade atribuída ao recorrente, por força do disposto no § 1º do artigo 380 do RICMS-BA, exclui a do contribuinte substituído – no caso, das empresas de transporte não inscritas e dos autônomos.

O fato descrito no Auto de Infração se subsume perfeitamente ao disposto no art. 380, I, “a”, do RICMS-BA, pois: as prestações de serviços de transporte interestadual arroladas na autuação foram efetuadas por autônomos e por empresas não inscritas neste Estado; no período abarcado pela ação fiscal, o recorrente se enquadrava como contribuinte “Normal”, como se depreende das notas fiscais acostadas ao processo; as prestações de serviço de transporte foram contratadas pelo recorrente, já que nas notas fiscais constam o valor do frete, do ICMS incidente sobre esse frete e a observação de que o ICMS seria recolhido pelo remetente das mercadorias, como podemos ver, por exemplo, às fls. 46, 47, 49, 50, 69, 110, 125, etc.

Mesmo não sendo uma empresa de transporte e ainda que as operações tenham sido realizadas com a cláusula FOB, o recorrente, na situação em tela, estava obrigado a fazer a retenção e o recolhimento do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de transporte arroladas na autuação, na condição de substituto tributário.

Os contratos celebrados entre o recorrente e terceiros não possuem o condão de modificar a responsabilidade do primeiro pelo recolhimento do imposto cobrado, pois o disposto no artigo 123 do CTN prevê que *“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”*. Do mesmo modo, a Decisão judicial referente à Ação Indenizatória citada no Recurso Voluntário não é capaz de modificar a exigência fiscal contida no presente Auto de Infração.

Pelo acima exposto, considero que a infração está devidamente caracterizada e que, portanto, foi correta a Decisão de Primeira Instância.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2094700004/07-5, lavrado contra **C. C. MINERAÇÃO LTDA. (MINERAÇÃO CAMBUQUIRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.487,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOÃO REGO SAMPAIO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS