

A. I. Nº - 269358.0006/11-4
AUTUADO - CARGILL AGRÍCOLA S/A.
AUTUANTE - JOSE LUIS SOUSA SANTOS
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET 09.11.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0278-05/11

EMENTA: ICMS. 1. ICMS PAGO INTEMPESTIVAMENTE. LANÇAMENTO DE ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. Remessa de mercadoria para exportação tendo ocorrido sinistro da carga. Infração reconhecida. 2. ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE CONTRATADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Infração procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2011, com as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - deixou de recolher acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido pela remessa de mercadoria para formação de lote e posterior exportação, porém tendo ocorrido sinistro da carga, não promoveu o recolhimento do ICMS até o décimo dia útil após o evento, havendo pago intempestivamente, porém de forma espontânea. Infringiu o Art. 582, § 9º do RICMS com lançamento no valor de R\$4.050,04, e multa incidente de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher o ICMS e consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e municipal. Houve prestações continuadas de serviços de transporte rodoviário de cargas, realizadas pelas empresas TRANSPORTADORA MAHNIC LTDA, BORGNO TRANSPORTES LTDA, R F FIORETTI E CIA LTDA, não promovendo a retenção e o recolhimento do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA devido; lançamento no valor de R\$142.117,53, com multa incidente de 60%.

A autuada apresentou impugnação às fls. 55/64, tendo reconhecido a procedência da primeira infração, por recolhimento fora do prazo e informa haver feito o pagamento; anexa comprovante (doc. 3), requerendo baixa do montante lançado.

Quanto à segunda infração, aduz que deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por substituição tributária, porque foi induzida a erro pelas empresas transportadoras, as quais, efetuaram o destaque do ICMS nos respectivos conhecimentos de transporte (CTRC). Assim, caso efetuasse o recolhimento, estaria fazendo em duplicidade, gerando enriquecimento ilícito do Estado. Aduz que as transportadoras citadas na presente autuação recolheram o imposto devido aos cofres públicos, não havendo prejuízo ao erário. Portanto, não há descumprimento da obrigação principal, razão pela qual esta infração deverá ser declarada insubstancial; que na substituição tributária, a lei atribui a um sujeito específico o dever de pagar o tributo, mas é possível a fazenda pública cobrar de qualquer um dos contribuintes envolvidos na operação, com o intuito de ver extinta a obrigação tributária. Em seguida, descreve as operações com cada uma das transportadoras que constam na infração, colacionando cópias dos CTRC, páginas dos livros onde estão lançados esses CTRC, e cópias das guias de comprovantes dos pagamentos do ICMS. Que uma vez comprovado que o tributo exigido foi integralmente recolhido pelas empresas transportadoras, a impugnante requer seja reconhecida a insubstancialidade do Auto de Infração, em conformidade com o art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 880/893, apresenta as seguintes ponderações: que da análise dos documentos da TRANSPORTADORA MAHNIC LTDA apresentados na impugnação, as cópias dos CTRC (fls. 72/82) e lançamentos nos livros fiscais fls. 83/97 se reportam aos exercícios de 2006 e 2009 e os fatos a que se reportam a infração impugnada são do exercício de 2010; as

cópias dos DAES fls. 98/102 são do ano de 2006; o extrato de arrecadação à fl. 40 informa que esta empresa recolheu apenas R\$790, 14 em todo o ano de 2010 e o valor lançado no Auto de Infração, unicamente pelas operações prestadas à CARGILL demonstra um débito de R\$1.012,54; em relação aos documentos da TRANSPORTADORA R.F. FIORETTI LTDA, aduz que os documentos de fls 133/320 informam que foram emitidos CTRC com destaque de ICMS, mas enquanto o valor lançado de R\$19.071,30 refere-se apenas aos serviços prestados à CARGILL, o valor recolhido por todas as prestações realizadas pela empresa em 2010 é de apenas R\$3.582,51, conforme extrato à fl. 43. Há ainda dois parcelamentos informados quanto às prestações de 2010 (fl.s 214/220).

Os documentos da BORGNO TRANSPORTES juntados às fls. 221/877 informam que foram emitidos CTRC com destaque de ICMS para as operações efetuadas por esta empresa, mas o valor lançado de R\$121.750,21 é apenas quanto às prestações realizadas à CARGILL, não sendo esta a única tomadora de serviços. O valor recolhido relativo a todas operações da empresa em 2010 foi de apenas R\$ 24.634,71, conforme extrato fls. 41/42. Por fim, os documentos das fls. 274/291, 730/736, 834/836 são relativos ao exercício de 2009 e a infração se reporta ao ano de 2010.

Contesta a defesa do impugnante de que a fazenda pública pode eleger qualquer um dos contribuintes envolvidos nas operações para o pagamento do tributo, pois se assim fosse haveria uma indeterminação do sujeito passivo da obrigação, que tal interpretação configura-se equivocada; que no instituto da substituição tributária não cabe relativismo quanto à definição do pólo passivo e que realizada a hipótese de incidência, cabe ao contribuinte substituto adimplir a obrigação; que não faz sentido alegar que foi induzida a erro pelas transportadoras ao promoverem destaque do ICMS. Se erro houve, caberia à tomadora dos serviços alertar o fato, sem fugir à responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS. A justificativa de sua defesa em afirmar que as empresas transportadoras recolheram o tributo devido não se sustenta como verdadeira, pois a obrigação tributária não pode ser objeto de ajustes particulares; tal entendimento choca-se com o Art. 123 do CTN; que a obrigação tributária prevista nos Arts. 380/382 do RICMS/BA é norma cogente cujos efeitos não podem ser flexibilizados entre particulares; de que não há dúvida de que ocorrendo prestações sucessivas de serviço de transporte, ocorre a obrigação tributária por substituição por parte do tomador dos serviços. Traz o parecer DITRI 01909/2007 fl. 44, pelo qual a Fazenda Pública não pode se expor ao risco de repetição do indébito a requerimento daqueles que adimpliram a obrigação sem a capacidade passiva para fazê-lo, apesar de intervenientes na relação econômica do fato gerador da obrigação tributária. Assim, pede ao CONSEF que considere procedente a infração 02, mas que se for entendido o adimplemento da obrigação principal, que se considere devida a multa aplicada.

VOTO

O impugnante reconheceu expressamente e apresentou comprovante de pagamento do primeiro lançamento tributário, devido à intempestividade no pagamento de ICMS devido. Infração elidida.

Na segunda infração, o impugnante admite que os fatos apontados pelo autuante são verdadeiros, porém, defende-se do lançamento tributário sob três argumentos concomitantes: a) erro escusável pelo fato dos transportadores fazerem o destaque de ICMS no CTRC; b) uma efetiva responsabilidade solidária na substituição tributária, pela qual o Estado poderia eleger qualquer um dos envolvidos nas operações de transportes, podendo eleger livremente o pólo passivo da relação tributária; c) o fato das empresas de transportes terem efetuado o recolhimento do ICMS, sendo inadmissível a exigência tributária da impugnante pela efetiva duplicidade de recolhimento, o que redundaria em enriquecimento ilícito do Estado.

O primeiro argumento não encontra sustentação jurídica, pois o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657/42) estabelece um princípio de que ninguém pode alegar desconhecimento da lei, pois tornaria insustentável a vida social e política se todos pudessem usar tal argumento em seu favor. Neste caso, há um agravante, vez que o impugnante usualmente praticava em suas atividades comerciais o fretamento de veículos para transporte de suas mercadorias, não se tratando de fato isolado, e sendo contribuinte do ICMS, tem obrigação

de conhecer em detalhes os fatos gerados deste imposto. Assim, uma vez identificado o destaque de ICMS no CTRC, deveria providenciar junto ao prestador do serviço, a correção do CTRC, chamando a si, a responsabilidade legal pelo pagamento do tributo.

O segundo argumento, de que na substituição tributária, o Estado pode eleger qualquer um dos contribuintes envolvidos no fato gerador do imposto, pode ser verdadeiro em algumas situações que envolvem regras de substituição tributária concomitante com a de solidariedade passiva, mas não é o caso do contrato de prestação do serviço de transporte, ou seja, não pode o Estado eleger o tomador do serviço ou o prestador para exigência do tributo, pois contraria frontalmente o disposto no Art. 380, parágrafo 1º, do RICMS/BA abaixo transcrito:

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:

II - o tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, nas prestações sucessivas de serviços de transporte, nos termos do art382.

§ 1º Nas prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal iniciados ou executados neste Estado, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição exclui a do contribuinte substituído, no tocante à obrigação principal.

Assim, por expressa disposição de lei, não pode o Estado escolher livremente a quem exigir o tributo nas prestações de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal iniciados dentro do Estado, pois exclui textualmente do pólo passivo, o contribuinte substituído, no caso o prestador do serviço, ficando o tomador do serviço inteira e unicamente responsável pelo pagamento do tributo.

Em relação ao terceiro argumento, ficou comprovado que as transportadoras recolheram ICMS em valor inferior ao das prestações de serviço feitas à impugnante – ou seja, seguramente não recolheram todo o ICMS devido por estas prestações e ainda que tivessem recolhido na totalidade, teriam direito à restituição do indébito, não podendo a impugnante se eximir da responsabilidade tributária pelo pagamento do imposto, pela possibilidade de eventual recolhimento por parte dos prestadores de serviço, conforme foi explicitado anteriormente ao discorrer sobre o segundo argumento da impugnante, e se as transportadoras tem direito à restituição do indébito, não há porque se falar em enriquecimento ilícito do Estado, nem em duplidade de pagamento do tributo.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269358.0006/11-4, lavrado contra **CARGILL AGRÍCOLA S/A.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$146.167,57**, acrescido de multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II e VIII, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR