

A. I. Nº - 279757.0011/17-3
AUTUADO - ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA.
AUTUANTES - EDUARDO TADEU SANTANA e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0072-01/18

EMENTA: ICMS. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES INTERESTADUAIS PRESTADOS POR AUTÔNOMOS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Autuado alega ter efetuado a retenção do imposto exigido sem, contudo, apresentar qualquer documento comprobatório. Por outro lado, apresentou comprovação do cancelamento de conhecimentos de transporte incluídos no levantamento fiscal e de cópias de GNRE's que demonstraram o recolhimento do imposto relativo a conhecimentos de transporte também incluídos no levantamento fiscal. Infrações 1 e 2 parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$7.902.195,26, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (07.09.03) – deixou de proceder à retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, efetuadas por autônomos ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, ocorrido de janeiro de 2013 a novembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.460.877,41, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 (07.09.03) – deixou de proceder à retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, efetuadas por autônomos ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, ocorrido de janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$441.317,85, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 63 a 79, demonstrando a tempestividade de sua apresentação. Destacou que possui, como atividade principal, o desenvolvimento de motores e turbinas, principalmente turbinas eólicas, provendo geração e armazenamento de energia. Afirmou que contrata empresas de diversos lugares do país para a realização do transporte, emitindo as competentes Notas Fiscais com o destaque e retenção do ICMS, caso devido, nos exatos termos da lei, além de realizar todos os registros das operações em seus livros fiscais.

Disse que houve erro na capitulação da multa aplicada, posto que se indica na peça fiscal, como fundamento de exigência da mencionada multa, o artigo 42, II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, já que não houve ausência de retenção do ICMS, como se verifica da simples análise dos comprovantes anexados em CD à fl. 114.

Acrescentou que diversas notas fiscais indicadas no Auto de Infração foram canceladas, razão pela qual não há que se falar em falta de escrituração fiscal, nem mesmo falta de retenção do ICMS, já que não houve o fato gerador de tais obrigações, em razão do cancelamento dos documentos fiscais.

Pedi a anulação da exigência fiscal, pois não houve qualquer prejuízo aos cofres públicos, eis

que todo o imposto devido nas operações mencionadas foi devidamente recolhido, não fazendo qualquer sentido aplicar-se a multa em questão, que, por isso mesmo, não se mostra razoável. Assim, requereu o cancelamento da penalidade aplicada.

Explicou que a multa aplicada no presente Auto de Infração é aquela imputada nos casos em que ocorre a falta de retenção do ICMS pelo sujeito passivo por substituição e, no presente caso, em nenhum momento deixou de efetuar a retenção do ICMS devido e emitir os documentos fiscais, como se pode concluir pela simples verificação da documentação anexa em CD à fl. 114.

Consignou, ainda, que a referida multa deve ser reduzida, em razão de seu caráter manifestamente confiscatório, o que é vedado pelo art. 150, IV da Constituição Federal.

Argumentou que algumas notas fiscais eletrônicas precisaram ser canceladas, sendo que muitas vezes tal cancelamento se deu antes mesmo de ocorrer a sua escrituração fiscal, tal como ocorreu com as Notas Fiscais Eletrônicas constantes no arquivo denominado “Notas fiscais canceladas” em CD à fl. 114. Complementou afirmando que exigir imposto manifestamente indevido (pela não ocorrência do seu fato gerador) torna o Auto de Infração nulo.

Lamentou que a Administração Tributária não lhe deu oportunidade de apresentar a prova documental pertinente a presente hipótese, evitando-se a lavratura de autuação e aplicação de penalidades descabidas. Concluiu que a não ocorrência do fato gerador do ICMS, visto que não houve a circulação de mercadoria, macula formalmente a lavratura do Auto de Infração, posto que padece de fundamento legal, violando o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Alegou que o comando legal (art. 8º da Lei nº 7.014/96) determina a obrigatoriedade da retenção e recolhimento do imposto quando a apuração for feita sem a inclusão, na base de cálculo, dos valores referentes a frete e seguro, enquanto o art. 42 prevê a multa de 60% no caso de não retenção do ICMS. Porém, exceto as Notas Fiscais canceladas, todas as demais operações tiveram seu imposto devido retido pela Impugnante, razão pela qual não há que se falar em infração legal, já que todas as obrigações foram devidamente cumpridas.

Assim, concluiu que a capitulação legal não guarda nenhuma correspondência com a realidade, pois não houve qualquer infração cometida, já que a mesma reteve e escriturou em seus livros fiscais todo o ICMS devido, como expressamente definido na lei e comprovado pela documentação em CD à fl. 114. Assim, requereu a nulidade do Auto de Infração.

Ressaltou que, uma vez demonstrada e comprovada a não ocorrência do fato gerador do ICMS, resta incontestável a evidência da boa-fé da Impugnante que em momento algum agiu com culpa, dolo, fraude ou simulação, fato este ainda melhor comprovado em razão da inocorrência de qualquer tipo de dano aos cofres do Estado.

Reiterou que a aplicação de multa não merece prosperar, na medida em que esta não deu azo à qualquer infração fiscal que resultasse, inclusive, na ausência de recolhimento de imposto. Ou seja, não houve qualquer tipo de falta de pagamento de imposto.

Requereru a aplicação do art. 112 do Código Tributário Nacional - CTN, pois, em caso de dúvida, a lei tributária será interpretada da maneira mais favorável ao contribuinte.

Destacou que, ainda que se considere que a Impugnante tivesse cometido alguma infração, ainda assim, a aplicação de uma multa pelo descumprimento de preceito legal, não pode ultrapassar o limite do razoável, sob pena de configurar confisco ao seu patrimônio, o que é veementemente vedado pela Constituição Federal. Considerou a multa de 60% do valor do suposto imposto devido exorbitante, não razoável e desproporcional, maculando o disposto em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente o Texto Constitucional, em seu artigo 150, inciso IV.

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 116 a 119. Disseram que a alegação quanto à nulidade não encontra respaldo no artigo 18, do RPAF. Explicaram que a exigência do ICMS das Infrações 1 e 2 refere-se aos serviços de transportes contratados pelo Autuado, com origem da

prestação no Estado da Bahia.

Confirmaram o cancelamento de alguns CT-e, conforme cópias no CD à fl. 114, que imprimiram e anexaram aos autos, excluindo-os do levantamento fiscal de fls. 11 a 39. Afirmaram que também foram excluídos os CT-e cujo início da prestação do serviço não foi no Estado da Bahia, na Infração 2, embora tendo sido tomador o Autuado.

Acrescentaram que analisaram os diversos documentos de arrecadação, GNRE, que foram confrontadas com os valores lançados no demonstrativo fiscal, onde restou comprovado que alguns não foram considerados.

Após acolherem parte das alegações defensivas, legal e documentalmente comprovadas, informaram que restou o Crédito Tributário da Infração 1 no valor de R\$7.232.036,01, conforme demonstrativo a seguir:

Infração 01 – 07.09.03

Data Ocorr	Data Vcto	B. Cálculo	Aliq.	Multa	Vr. Histórico
31/01/2013	15/02/2013	122.246,08	12%	60%	14.669,53
28/02/2013	15/03/2013	42.983,33	12%	60%	5.158,00
31/03/2013	15/04/2013	12.348,00	12%	60%	1.481,76
30/04/2013	15/05/2013	147.001,75	12%	60%	17.640,21
31/05/2013	15/06/2013	60.570,17	12%	60%	7.268,42
30/06/2013	15/07/2013	7.271,83	12%	60%	872,62
31/07/2013	15/08/2013	126.009,25	12%	60%	15.121,11
31/08/2013	15/09/2013	60.908,67	12%	60%	7.309,04
30/09/2013	15/10/2013	7.356,50	12%	60%	882,78
31/10/2013	15/11/2013	436.396,92	12%	60%	52.367,63
30/11/2013	15/12/2013	1.848.887,33	12%	60%	221.866,48
31/12/2013	15/01/2014	416.823,67	12%	60%	50.018,84
31/01/2014	15/02/2014	1.501.999,00	12%	60%	180.239,88
28/02/2014	15/03/2014	3.834.883,08	12%	60%	460.185,97
31/03/2014	15/04/2014	2.153.428,58	12%	60%	258.411,43
30/04/2014	15/05/2014	7.574.758,83	12%	60%	908.971,06
31/05/2014	15/06/2014	6.639.165,67	12%	60%	796.699,88
30/06/2014	15/07/2014	6.823.653,08	12%	60%	818.838,37
31/07/2014	15/08/2014	10.115.272,75	12%	60%	1.213.832,73
31/08/2014	15/09/2014	7.671.317,33	12%	60%	920.558,08
30/09/2014	15/10/2014	2.626.662,08	12%	60%	315.199,45
31/10/2014	15/11/2014	2.870.233,08	12%	60%	344.427,97
30/11/2014	15/12/2014	5.166.789,75	12%	60%	620.014,77
TOTAL					7.232.036,01

Quanto à Infração 2, após a exclusão dos CT-e cancelados e com início da prestação do serviço em outra unidade da Federação, restou à exigência fiscal de R\$372.271,94, conforme demonstrativo a seguir:

Infração 02 – 07.09.03

Data Ocorr	Data Vcto	B. Cálculo	Aliq.	Multa	Vr. Histórico
31/01/2014	15/02/2014	52.608,08	12%	60%	6.312,97
28/02/2014	15/03/2014	18.530,67	12%	60%	2.223,68
31/03/2014	15/04/2014	33.590,83	12%	60%	4.030,90
30/04/2014	15/05/2014	76.782,50	12%	60%	9.213,90
31/05/2014	15/06/2014	15.263,67	12%	60%	1.831,64
30/06/2014	15/07/2014	153.160,92	12%	60%	18.379,31
31/07/2014	15/08/2014	210.457,50	12%	60%	25.254,90
31/08/2014	15/09/2014	42.151,33	12%	60%	5.058,16
30/09/2014	15/10/2014	471.255,00	12%	60%	56.550,60
31/10/2014	15/11/2014	878.939,25	12%	60%	105.472,71
30/11/2014	15/12/2014	1.146.265,08	12%	60%	137.551,81
31/12/2014	15/01/2015	3.261,33	12%	60%	391,36
TOTAL					372.271,94

Concluíram que a ação fiscal exige o ICMS Substituição Tributária nas contratações de serviços de transportes de cargas iniciadas no Estado da Bahia com destino a outras unidades da Federação com respaldo no Artigo 8º, Inciso V, da Lei nº 7.014/96 e que foram acatados

integralmente os argumentos defensivos munidos de provas que elidiram parte da acusação.

O autuado apresentou manifestação das fls. 305 a 312. Reiterou que reteve e recolheu o ICMS ora reclamado, que houve erro na capituloção da multa aplicada, que diversas notas fiscais indicadas no Auto de Infração foram canceladas, que a exigência fiscal deve ser anulada porque não houve qualquer prejuízo aos cofres públicos e que a multa deve ser reduzida em razão de seu caráter manifestamente confiscatório.

Reclamou que não foram analisados todos os documentos e informações apresentados. Afirmou que não foram consideradas todas as notas fiscais canceladas, relacionadas no CD à fl. 114.

Ressaltou que os GNREs apresentados totalizam o montante de R\$783.686,25, porém, os autuantes consideraram apenas o montante de R\$228.841,40, sem qualquer justificativa para tanto. Desta forma, concluiu que o auto infração é nulo, por não refletir a verdade dos fatos.

Reiterou que não houve qualquer infração cometida, já que a mesma reteve e escriturou em seus livros fiscais todo o ICMS devido, ficando evidente que a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96 não pode ser aplicada à conduta da Impugnante, por manifesto erro na capituloção, posto que a conduta prevista em tal dispositivo não guarda nenhuma relação com a realidade dos fatos efetivamente ocorridos e comprovados.

Repetiu que as notas fiscais canceladas significam que não houve a circulação das mercadorias e, portanto, não há que se falar em imposto devido. Além disso, os livros fiscais e a GIA do período refletiram a verdade dos fatos, comprovando que a Impugnante não utilizou dos créditos gerados quando da emissão das referidas Notas Fiscais canceladas.

Reiterou que a aplicação de multa não merece prosperar, na medida em que esta não deu azo à qualquer infração fiscal que resultasse, inclusive, na ausência de recolhimento de imposto. E também por ultrapassar o limite do razoável, configurando confisco ao seu patrimônio, o que é veementemente vedado pela Constituição Federal.

Requereru que todos os documentos apresentados sejam devidamente apreciados e considerados, em respeito ao princípio da verdade material e da ampla defesa.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Afasto toda discussão acerca da constitucionalidade da multa aplicada no presente Auto de Infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual e a multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O presente Auto de Infração versa acerca da falta de retenção do ICMS relativamente à contratação de prestações de serviço de transporte efetuadas por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste estado.

Após apresentação de defesa, quando o autuado indicou relação de conhecimentos de transporte que foram cancelados em razão da não efetivação do serviço e cópias de GNRE comprovando o efetivo recolhimento em relação a alguns conhecimentos incluídos no demonstrativo de débito, os autuantes refizeram o levantamento fiscal acolhendo as argumentações da defesa pautada nos documentos apresentados, reduzindo a exigência fiscal.

Na ocasião, os autuantes anexaram relação dos 53 documentos fiscais cancelados que foram excluídos do levantamento fiscal (fl. 147 frente e verso), dos documentos fiscais que registram prestações de serviços iniciadas em outras unidades da Federação (fls. 188 a 204) e das GNRE's que foram consideradas na revisão fiscal (fls. 206 a 298).

O autuado alegou que os GNREs apresentados na defesa totalizaram o montante de R\$783.686,25, porém, os autuantes consideraram apenas o montante de R\$228.841,40 na revisão fiscal. Da análise das GNRE's acostadas aos autos pelo autuado em CD à fl. 114, verifiquei que várias guias referiam-se a CT-e que já não constavam do demonstrativo de débito originalmente apresentado pelos autuantes das fls. 15 a 86 (frente e verso) e outros foram efetivamente retirados da exigência fiscal no demonstrativo anexado das fls. 123 a 143.

Entretanto, constatei que foram apresentadas GNRE's com comprovante de pagamento referentes aos CT-e nº 4768, 4769, 4770, 4771, 5083, 5146, 5147, 5148, 5149, 5944, 5995 e 6065 que não foram retirados da exigência fiscal pelos autuantes na revisão fiscal. Assim, com a retirada da exigência sobre esses CT-e, ficam alterados os valores reclamados nos meses de abril, julho e novembro de 2014, permanecendo os demais valores constantes no demonstrativo das fl. 123 a 143, conforme demonstrativo anexado das fls. 144 a 147.

O autuado ainda insistiu na reclamação da falta de consideração de alguns conhecimentos de transporte que foram cancelados, mas mantidos no demonstrativo de débito apresentado pelos autuantes na informação fiscal das fls. 120 a 147. Entretanto, não indicou quais documentos fiscais cancelados não foram considerados na revisão fiscal.

Após análise dos documentos fiscais relacionados no arquivo denominado “notas fiscais canceladas”, em CD à fl. 114, verifiquei que muitos documentos fiscais relacionados não estavam efetivamente cancelados e apenas os Documentos Fiscais nº 154, no valor de ICMS de R\$3.790,91, e nº 156, no valor de ICMS de R\$6.790,91, foram efetivamente cancelados e não considerados pelos autuantes na revisão fiscal da infração 2, referente ao mês de julho de 2014. Assim, a exigência fiscal da infração 2, relativamente ao mês de julho de 2014, fica reduzida de R\$25.254,90 para R\$14.673,08, ficando o valor da infração 2 reduzido para R\$361.690,12.

O autuado pauta sua defesa na argumentação de que reteve e escriturou todo o ICMS devido, mas não apresenta qualquer nota fiscal onde esteja expresso a retenção do imposto nem cópia dos registros fiscais de sua escrituração relativamente aos conhecimentos de transportes remanescentes arrolados no demonstrativo de débito produzido por ocasião da informação fiscal, anexado das fls. 120 a 147.

De acordo com o art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Além disso, a falta de apresentação pelo autuado de documentos que comprovariam a improcedência da controvérsia instaurada importa presunção de veracidade da afirmação dos autuantes acerca da falta de retenção.

Desse modo, a multa aplicada está em conformidade com o resultado do confronto das partes na lide, pois o autuado não conseguiu afastar a acusação de falta de retenção do imposto na contratação de prestação de serviços de transporte realizada por autônomos e por empresas não inscritas neste Estado.

Não existe possibilidade de aplicação do disposto no art. 112 do CTN, pois não há dúvida acerca da interpretação da legislação tributária aplicada ao presente caso. O autuado não conseguiu elidir a acusação de falta de retenção do ICMS e não restam dúvidas acerca da aplicação da penalidade referida nos autos.

Desta forma, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$7.533.750,67, nos seguintes termos:

Infração 01

Data Ocorr	Vr. Histórico
31/01/2013	14.669,53
28/02/2013	5.158,00
31/03/2013	1.481,76
30/04/2013	17.640,21
31/05/2013	7.268,42

30/06/2013	872,62
31/07/2013	15.121,11
31/08/2013	7.309,04
30/09/2013	882,78
31/10/2013	52.367,63
30/11/2013	221.866,48
31/12/2013	50.018,84
31/01/2014	180.239,88
28/02/2014	460.185,97
31/03/2014	258.411,43
30/04/2014	887.054,70
31/05/2014	796.699,88
30/06/2014	818.838,37
31/07/2014	1.188.864,54
31/08/2014	920.558,08
30/09/2014	315.199,45
31/10/2014	344.427,97
30/11/2014	606.923,86
TOTAL	7.172.060,55

Infração 02

Data Ocorr	Vr. Histórico
31/01/2014	6.312,97
28/02/2014	2.223,68
31/03/2014	4.030,90
30/04/2014	9.213,90
31/05/2014	1.831,64
30/06/2014	18.379,31
31/07/2014	14.673,08
31/08/2014	5.058,16
30/09/2014	56.550,60
31/10/2014	105.472,71
30/11/2014	137.551,81
31/12/2014	391,36
TOTAL	361.690,12

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2797570011/17-3, lavrado contra **ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.533.750,67**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR