

PROCESSO - A. I. Nº 276890.0009/18-1
RECORRENTES - DU PONT DO BRASIL S/A
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0061-01/19
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.09.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0164-11/20-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. Sujeito Passivo não pode ser enquadrado como responsável por substituição tributária pelo fato de suas operações não estarem sujeitas à substituição tributária prevista no inciso II do art. 298 do RICMS/BA, tendo em vista o quanto disposto no inciso I do art. 1º da Instrução Normativa DAT/SEFAZ nº 67/97. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal em 07/05/2019 que julgou, por unanimidade, PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$27.867,50, em decorrência do cometimento de uma infração.

Infração 01. – *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. (RV).*

Data da Ocorrência: 30/09/2015. **Valor:** R\$ 27.867,50.

Após concluída a instrução, os autos foram remetidos à apreciação pela 1ªJJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$27.867,50, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos:

“Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante, em face de na indicação dos fatos que subsumiu a norma do ICMS-ST, constar que a transportadora indicada em planilha demonstrativa, presta sucessivas prestações, o que supostamente caracterizaria um “contrato de prestação de serviços”, sem, todavia, comprovar o quanto alegado, o que encerra em si, flagrante cerceamento de defesa, violando de forma explícita o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988.

Alega o impugnante, que na situação objeto da autuação, era indispensável no trabalho fiscal a demonstração e comprovação material de que as prestações de serviço de transporte interestadual, são repetidas e vinculadas a contrato.

O exame dos elementos que compõem o presente processo, permite constatar que não assiste razão ao impugnante quanto à sua pretensão de nulidade do lançamento.

Na realidade, verificam-se claramente no demonstrativo elaborado pelos autuantes, sob o título “DEMONSTRATIVO DOS CONHECIMENTOS DE TRANSPORTES NA QUAL A EMPRESA É A REMETENTE E TOMADORA DO SERVIÇO E COMO TAL TEM A OBRIGAÇÃO DE RETER O FRETE NAS PRESTAÇÕES INTERESTADUAIS”, acostado a

fl. 06 dos autos, que se trata de prestações sucessivas de serviço de transporte interestaduais realizadas pela empresa G10 TRANSPORTES, haja vista a frequência e sequência numérica dos Conhecimentos de Transportes emitidos pela referida empresa no período objeto da autuação.

O art. 298, II do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 dispõe que:

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:

[...]

II - que envolva repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato.

Certamente que as prestações sucessivas de serviço de transporte pela empresa G10 TRANSPORTES, foram contratadas pelo autuado, independentemente de o contrato ser escrito ou verbal.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência do alegado cerceamento ao direito de defesa.

No tange ao pedido de diligência formulado pelo impugnante, no sentido de que se considere e abata os recolhimentos do ICMS realizados pela transportadora, há que ser indeferido, haja vista que nas prestações sucessivas de serviço de transporte, o legislador atribuiu ao tomador do serviço a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto devido, excluindo a responsabilidade do substituído.

Assim dispõe o artigo 8º, inciso V da Lei nº 7.014/96:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

V - o contratante de serviço ou terceiro que participe da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal.

No mérito, verifico que o levantamento levado a efeito pela Fiscalização, diz respeito exclusivamente às prestações sucessivas de serviço de transporte pela empresa G10 TRANSPORTES.

Apesar de a exigência fiscal de que cuida o Auto de Infração em questão, se referir apenas aos serviços prestados sucessivamente no mês de setembro de 2015, o que possibilitaria até suscitar alguma dúvida quanto à caracterização de prestações sucessivas, cabe registrar que mediante o Auto de Infração nº 276890.0010/18-0, lavrado pelos mesmos Auditores Fiscais, o período objeto da autuação alcançou as prestações sucessivas de serviço de transporte pela G10 TRANSPORTES, ocorridas nos meses de janeiro, setembro e outubro de 2014, outubro, novembro e dezembro de 2015, sendo que esta Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela procedência da autuação, nos termos do Acórdão JJF Nº 0059-01/19.

Diante disso, a infração é procedente.

Quanto ao argumento defensivo de abusividade da multa aplicada e do seu caráter confiscatório, observo que esta penalidade tem previsão no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, portanto, deve ser aplicada e mantida, enquanto o art. 167, inciso I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, exclui da competência dos órgãos julgadores administrativos, a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 104/136)**, alegando que:

- a) O Auto de Infração está eivado de vício insanável da ausência de comprovação de que os serviços de transporte prestados pela empresa G10 Transportes seriam realizadas de forma sucessiva, mediante contrato, o que ocasionou no preterimento do seu direito de defesa, e, assim deve ser julgado nulo, nos termos do inciso II do art. 18 do RPAF/BA;
- b) Não se pode argumentar de que a norma individual e concreta exarada pela Autoridade Fiscal no Auto de Infração nº 276890.001018-0 seria elemento suficiente para caracterizar as prestações de serviço de transporte na presente atuação, pois não serve como meio de prova e ainda mais, ainda pende de julgamento definitivo pelo CONSEF;
- c) Salaria que da leitura do inciso II, do artigo 298, do RICMS/BA, percebe-se que a melhor hermenêutica a ser aplicada é a de que o ICMS devido sobre as prestações de transporte contratadas por contribuinte baiano somente será antecipado nos casos em que envolva prestações de serviço vinculadas a contrato e que a ausência de comprovação da existência de contratos formais descaracteriza a prestação sucessiva de serviços de transporte, nos termos da Instrução Normativa DAT/SEFAZ nº 67/97;
- d) Consigna que a simples sequência numérica dos CT-e's emitidos pela empresa transportadora não são suficientes para caracterizar prestações sucessivas de serviços de transporte, tendo em vista que a natureza jurídica dos contratos de prestações de serviços de transporte não restou analisada, assim como o fato de não ter considerado que as transportadoras procederam à escrituração e quitação do tributo em questão;
- e) Assim, alega que, sendo irrefutável que as transportadoras, que prestaram serviços de transporte interestadual para Recorrente à época dos fatos, efetivamente apuraram e recolheram o ICMS incidente sobre as prestações de serviço conforme comprova-se pelos documentos que instruem a presente Defesa, ou seja, a D. Autoridade Fiscal deveria ter considerado que o ICMS lançado de ofício e ora impugnado já está extinto, nos termos do inciso I do art. 156 do CTN;
- f) Aduz que, constatado o fato de que a Recorrente não apurou e recolheu ICMS-ST supostamente devido, a D. Autoridade deveria ter perquirido e apreciado as operações sequentes da cadeia comercial para averiguar se houve posteriormente a apuração e pagamento do ICMS e, nesse sentido, requer a realização de diligência junto a transportadora para averiguar a regularidade da apuração e do recolhimento do ICMS;
- g) Alega que não se pode admitir como possível e legal a cobrança do valor do ICMS-ST, tendo em vista que tal situação configuraria pagamento em dobro do imposto do ICMS e, portanto, enriquecimento ilícito do Fisco baiano;
- h) Por fim, alega que a multa de ofício aplicada seria confiscatória e desproporcional, de modo que requer sua redução ou cancelamento, com base em argumentos constitucionais tecidos na peça recursal.

Posteriormente, os autos foram encaminhados para esta 1ª Câmara, com o objetivo de ser apreciado o Recurso Voluntário

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração, imputa-se ao Recorrente, o cometimento de uma única infração, tipificada como falta de retenção e recolhimento do ICMS nas prestações de serviço de transporte sucessivas, mediante contrato.

O Recorrente alega, preliminarmente, que a autuação padeceria de nulidade, nos termos do inciso II do art. 18 do RPAF/BA, sob o fundamento de que o Autuante, ao não juntar provas de que as prestações de serviço realizadas com a empresa G10 TRANSPORTES seriam prestadas de forma sucessiva, bem como por não ter considerado os pagamentos do ICMS realizados pela transportadora, teria lavrado o Auto de Infração com preterição do seu direito de defesa.

Não vislumbro o vício apontado pelo Recorrente, pois a partir dos dispositivos legais indicados no Auto de Infração e do demonstrativo acostado pelo Autuante, é possível saber exatamente qual é a conduta imputada ao Recorrente, bem como a quais prestações se refere. O que permitiu que o Recorrente realizasse sua defesa abordando todos os pontos que entende serem capazes de elidir a autuação.

Rejeito, portanto, o pedido de nulidade suscitado.

Igualmente indefiro o pedido de diligência formulado pelo Recorrente, pois considero presentes todos os elementos necessários para realização do julgamento. Saliento que a conversão em diligência é uma faculdade do julgador e não um direito subjetivo do contribuinte, nos termos do art. 147 do RPAF/BA.

Com relação ao mérito, o Recorrente alega que a legislação que rege a matéria em discussão, notadamente o inciso II do art. 298 do RICMS/BA c/c inciso I do art. 1º da Instrução Normativa DAT/SEFAZ nº 67/97, somente prevê a substituição tributária nos casos em que há contrato formal de prestação sucessiva de serviço de transporte, bem como que o crédito tributário encontra-se extinto em razão de já ter sido recolhido pela empresa G10 TRANSPORTES.

Para o deslinde da questão, entendo ser necessário evidenciar o teor dos dispositivos invocados pelo Recorrente:

“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:

(...)

*II - que envolva repetidas prestações de serviço **vinculadas a contrato.**”*

“Art. 1º Configura-se a responsabilidade tributária atribuída ao contratante de serviço de transporte, nos termos dos arts. 380 e 382 do RICMS-BA, sempre que sejam preenchidos os seguintes requisitos:

*I - a **existência de contrato formal** para a realização de prestações sucessivas de serviços de transporte terrestre, aquaviário e aéreo, inclusive transporte dutoviário;”.*

Observe que, apesar da Instrução Normativa em comento ter sido expedida na vigência do RICMS/97, não foi revogada e não é incompatível com o RICMS/12, de modo que, ao menos no que toca à exigência de contrato formal de prestação de serviço, continua sendo plenamente eficaz.

Essa interpretação, saliento, vem sendo adotada por esta Câmara de Julgamento, conforme se verifica do Acórdão nº 0183-11/19, de Relatoria do Ilustre Conselheiro José Rosenvaldo Evangelista Rios, e que ponho em evidência o seguinte excerto:

“A exigência de que haja a formalização do contrato, como se pode ver, é um dos condicionantes básicos para determinar quem é o responsável pelo recolhimento do ICMS no caso da prestação de transportes sucessivos em operações interestaduais e intermunicipais.”.

Dessa forma, considerando que a Autuação foi baseada exclusivamente no fato de que no mês de setembro de 2015, foram emitidos 27 Conhecimentos de Transporte referentes às mercadorias enviadas pelo Recorrente e transportados pela G10 TRANSPORTES, sem qualquer outro elemento de prova e, menos ainda, a existência de contrato formal, forçoso reconhecer a improcedência da autuação.

Ademais, apesar do Recorrente não ter juntado aos autos os comprovantes de recolhimento do imposto pela transportadora, foi possível verificar no sistema interno da SEFAZ, que a empresa G10 TRANSPORTES efetivamente procedeu com a escrituração e recolhimento dos valores objeto da presente autuação, de modo que manter a cobrança seria permitir o indesejado *bis in idem*.

Ante o exposto, voto pelo Provimento do Recurso Voluntário, e, conseqüentemente, pela Improcedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão recorrida para julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 276890.0009/18-1, lavrado contra **DU PONT DO BRASIL S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS