

A. I. N° - 299326.0015/19-7
AUTUADO - PEROXY BAHIA INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA.
AUTUANTES - ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/02/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0001-04/20

EMENTA: ICMS. SERVIÇO DE TRANSPORTE RELATIVO A PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL SUJEITO À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Autuada traz aos autos documentações que comprovam que o imposto decorrente das operações de transportes junto à BRAMBILA TRANSPORTE E LOGISTA EIRELI, constantes do demonstrativo que fundamenta a autuação, que se poderiam caracterizar de operações sucessivas, foi recolhido aos Cofres do Estado da Bahia. Em consulta à Escrituração Fiscal Digital (EFD) da empresa BRAMBILA TRANSPORTE E LOGISTA EIRELI, CNPJ 06.281.06/0002-70, I.E. 106.535.956, constata-se que todas os CT-e emitidos em nome da PEROXY BAHIA INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA., objeto da presente autuação, estão registrados na sua escrita, mais especificamente no livro “*Registro de Saídas*”, significando que todo o imposto já foi de fato oferecido à tributação, o que, mantendo tal autuação, caracterizaria a ocorrência do “*bis in idem*”, ou seja, o recolhimento devido pelas operações de serviço de transporte das mercadorias/produtos, duas vezes, aos cofres do Estado, indo de encontro à legislação pertinente. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2019, exige o valor de R\$1.442.189,53, inerente aos anos de 2015 e 2016, conforme documentos às fls. 10 a 21 dos autos, e CD/Mídia de fl. 22, em razão da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 07.14.03: 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 nos meses janeiro a dezembro dos anos de 2015 e 2016. Lançado ICMS no valor de R\$1.442.189,53, com enquadramento no art. 34, inc. III, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 298, do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/12.

Às fls. 25 a 39 dos autos, PEROXY BAHIA INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ sob o nº 08.290.429/0001-72, e Inscrição Estadual nº 069.922.943, estabelecida à Rua Hidrogênio, s/n, Reserva Técnica, Polo Petroquímico, CEP: 42810-010, Camaçari/BA, por seu(s) representante(s) legal(is) conforme disposição contida no Contrato Social ora acostado (Doc. 01 – Atos constitutivos, Cartão do CNPJ e documentos pessoais do representante legal da pessoa jurídica), tendo sido notificada no dia 05.07.2019 dos termos da lavratura do Auto de Infração nº 2993260015/19-7, instaurado pelo Auditor Fiscal desta Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, vem, com supedâneo no art. 123 do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA), apresentar sua IMPUGNAÇÃO, pelas razões de fato e de direito que a seguir passo a expor:

1. DOS FATOS:

Diz que o presente Auto de Infração foi lavrado com o objetivo de exigir Crédito Tributário no valor, histórico, de R\$1.442.189,53, decorrente de suposta ausência de regularidade na retenção e recolhimento de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS sujeito a substituição tributária.

Consigna que a exigibilidade do suposto Crédito Tributário foi apurada, conforme se observa do Auto de Infração em comento, por entender o Autuante, equivocadamente, que deixara 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 na forma dos artigos 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 e artigo 34 da Lei Estadual nº 7.014/96, que destaca

Ressalta que a autuação está centrada, especificamente, na ausência de retenção e recolhimento de imposto por substituição tributária, pois, no entendimento do Auditor, por ter sido tomadora de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, deveria ter retido e recolhido o imposto, por substituição, sem olvidar que, além da exigibilidade do imposto propriamente dito, o Auditor aplicou multa no importe de 60% do valor do imposto por não ter ocorrido à retenção do tributo.

Diz que, como será provado ao final de toda persecução administrativa, não merece prosperar a pretensão do Agente Fiscal, haja vista que nenhuma infração cometeu isto porque, na operação, objeto de autuação, não há qualquer hipótese de substituição tributária, e não houve qualquer configuração de irregularidade na sua conduta.

Aduz que é imprescindível apontar a existência de uma série de inconsistências no Auto de Infração a ensejar a sua nulidade. Destaca que o agente Fiscal não cumpriu os requisitos necessários para lavratura da autuação, e sequer fundamentou o seu entendimento, impedindo, com isso, que o sujeito passivo verifique a efetiva subsunção da norma jurídica ao evento do mundo fenomênico. Registra que a presente impugnação é cabal para o deslinde do feito.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

• 2.1 - DA INEXISTÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES NÃO VINCULADAS A CONTRATO:

Diz que é importante deixar claro, desde já, que as prestações de serviços de transporte tomadas pela Autuada não se subsumem às hipóteses de substituição tributária estabelecidas na Legislação deste Estado da Bahia, logo não há qualquer irregularidade na sua conduta no que se refere ao ICMS destinado a este Estado.

Aduz que sempre atua dentro da legalidade, não havendo razão para subsistir o prosseguimento do Auto de Infração ora impugnado.

Observa que, adotando, inicialmente, a linha conceitual de Direito Tributário, há que ser explicitado alguns fundamentos da natureza jurídica do ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços -, tributo vinculado ao caso ora sob análise.

Diz que o referido imposto estadual está consignado nos termos do artigo 155, II da Constituição Federal, e tem como fato gerador a circulação de mercadorias ou a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, cujo alcance conceitual se evidencia, nos termos que descreve.

Da exegese insculpida na Constituição Federal, em consonância à Lei Estadual nº 7.014/1996 e ao Regulamento do ICMS deste Estado da Bahia – Decreto nº 13.780/2012 destaca alguns trechos que diz ser a regra matriz do citado imposto.

Neste sentido diz que, da análise da regra matriz de incidência tributária referente ao ICMS, constata-se que o fato gerador do aludido tributo é a prestação de serviços de transporte

interestadual e intermunicipal e o sujeito passivo (contribuinte) é o prestador de serviços de transporte.

Registra que consta no Auto de Infração, na descrição fática, que a Autuada “*deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal*”, fato que diz esbarrar na própria Legislação que trata do tema neste Estado da Bahia.

Diz que está inequivocamente evidenciado que o agente Fiscal deixou de demonstrar o fato basilar de que as prestações de serviço de transporte tomadas pela Autuada, a ensejar a substituição tributária, estão vinculadas a contrato, o que configura, por si só, patente impropriedade da autuação fiscal ora guerreada.

Observa que Regulamento do ICMS deste Estado da Bahia, Decreto nº 13.780/2012, que dispõe sobre o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação, ao tratar sobre as prestações de serviços de transporte sujeitas à substituição tributária, preleciona no art. 298, I e II, o seguinte:

*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:*

I - realizadas por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste estado;

*II - que envolva repetidas prestações de serviço **VINCULADAS A CONTRATO**. (Grifos nossos)*

Neste contexto diz que é importante observar que a legislação deste Estado da Bahia preleciona que somente há que se falar em responsabilidade por substituição tributária nas prestações de serviço de transporte quando se tratar de transportador autônomo ou não inscrito no Estado e na hipótese de prestações sucessivas vinculadas a contrato, o que não ficou configurado nos autos.

Diz que o simples fato de haver a utilização de transportadora com certa habitualidade (prestações sucessivas) não caracteriza o disposto no art. 298, II do RICMS, base para a atuação combatida, de forma a atrair a substituição tributária.

Observa que fica mais evidente a exigência do Contrato Formal de Prestação de Serviços de Transporte, para caracterizar a substituição tributária, quando se verifica as alterações do Regulamento do ICMS/BA, vale dizer, desde o já revogado Decreto nº 6.284/1997 até o atual Decreto nº 13.780/2012, conforme histórico que destaca.

Aliado a várias outras considerações diz que se o regramento normativo prescreve a substituição tributária, dentre outras hipóteses, quando envolve repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato, não pode o agente Fiscal, em total desrespeito à Lei, para não falar em arbitrariedade, realizar atividade de lançamento, tipificar conduta infracional, desnaturando o real sentido da norma jurídica.

Diz que, se é necessário, para fins de substituição tributária, a formalização de contrato, a conclusão óbvia é que somente ocorre a substituição tributária, dentre outras hipóteses, quando envolver repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato. Inexistindo contrato, registra que inexistente substituição tributária, inexistente relação tributária entre responsável (tributário) e Fisco, inexistente obrigação de retenção pelo tomador, e inexistente multa por suposto descumprimento de obrigação acessória.

Portanto, pelas razões fáticas e jurídicas acima aduzidas, diz perceber que a autuação acabou por violar preceitos basilares deste Estado Democrático de Direito, do Ordenamento Jurídico deste Estado, concluindo a Fiscalização, sem qualquer solidez fundamentada, pela vultosa autuação em desfavor da Autuada.

Frisa que jamais buscou ou pretendeu burlar a legislação estadual ou prejudicar o Erário Público. A sua pretensão está pautada na necessidade de manter a plena regularidade fiscal para o bom e progressivo desenvolvimento de suas atividades neste Estado.

Diz concluir que, se inexistente substituição tributária, se inexistente obrigação da autuada de reter, é patentemente infundada/impertinente a aplicação de multa em seu desfavor, e a exigência de recolhimento de tributo.

• **2.1.1 ICMS RECOLHIDO AO ESTADO DA BAHIA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO FISCO.**

Diz que, como dito anteriormente, por ser impertinente/inconsistente o entendimento de substituição tributária nas prestações de serviço de transporte intermunicipal e interestadual tomadas pela autuada, diga-se, por inexistir a obrigatoriedade de reter o ICMS atinente a cada operação de transporte, e por inexistir, desta forma, a obrigatoriedade de recolher o imposto atinente a cada operação de transporte (por não ser contribuinte), ainda assim, é de suma importância esclarecer, apenas a título informativo, que nas operações de transporte, cuja tomadora é a PEROXY, empresa autuada, o ICMS foi devidamente recolhido pelas transportadoras (contribuintes do imposto).

Registra que, na tentativa de demonstrar a sua boa-fé, e a incontestável regularidade das operações de transporte que figura, obviamente, como tomadora, solicitou de uma das transportadoras que lhe prestam serviços, declaração, cujo teor comprova que todo o ICMS incidente nas suas prestações fora recolhido.

Diz que, para se ter ideia do procedimento adotado entre a Autuada e suas prestadoras de serviço de transporte, informa que, emitido o conhecimento de transporte pela transportadora (*conhecimento de transporte = valor do transporte = frete = supostas bases de cálculo dispostas neste Auto*), o valor cobrado é integralmente pago às prestadoras, inexistindo em tais conhecimentos, inclusive, qualquer observação de que a operação é por substituição tributária.

Observa que, se o ICMS é recolhido regularmente pelas transportadoras, e, se sequer constam nas Notas (Conhecimentos) emitidos pelas transportadoras qualquer observação de substituição tributária, comprovado está, inquestionavelmente, a regularidade das prestações operacionalizadas pela Autuada.

Diz que todos os serviços de transporte tomados pela autuada, a PEROXY, para entrega interestadual foram realizados com a alíquota interestadual de 12%, inclusive, com ICMS destacado no documento fiscal (CTe), tendo sido todos os impostos recolhidos nos seus respectivos períodos de apuração.

Para fomentar, ainda mais, a regularidade das operações, diz que solicitou da mesma transportadora, além da Declaração de recolhimento do ICMS atinente às prestações de serviço de transporte, o demonstrativo contábil de tais operações, os DAE's de recolhimento, todos relativos aos períodos autuados, a fim de comprovar a ausência de qualquer prejuízo ao Fisco. (Doc. 02 – Declaração, Planilha Demonstrativo Contábil e DAE's).

Desta forma, diz que, mesmo inexistindo a obrigação de reter e recolher, *'responsabilidade'* observada apenas para os casos de substituição tributária (que não se adequa ao caso concreto), mesmo desobrigada, tomou o cuidado de solicitar de uma de suas transportadoras todos os recolhimentos efetuados durante todo o período autuado, justamente para combater *in totum* qualquer alegação do agente Fiscal.

Portanto, registra que inexistindo a substituição tributárias nas prestações de serviços tomados (*"não há contrato entre a PEROXY e suas transportadoras"*), inexistente a obrigatoriedade da PEROXY, empresa autuada, de reter e recolher o ICMS relativo a tais prestações, e, por outro lado, tendo ocorrido regularmente, a título de exemplo, o recolhimento do ICMS de tais prestações de serviço de transporte pelas próprias transportadoras (*"reais contribuintes e eventuais devedoras"*), inexistindo, assim, qualquer prejuízo ao Erário Público, pugna pelo acolhimento desta Impugnação com a consequente improcedência do Auto de Infração nº 2993260015/19-7, em tela, e o seu posterior arquivamento.

• **2.2. DAS INCONSISTÊNCIAS DO AUTO DE INFRAÇÃO - DA NULIDADE DA AUTUAÇÃO. DA EQUIVOCADA BASE DE CÁLCULO UTILIZADA PELO FISCO.**

Diz que, pela eventualidade, se este Conselho de Fazenda entender por ultrapassar a questão atinente à evidente ausência de substituição tributária acima elencada, utiliza a Autuada, esta oportunidade, para demonstrar patente nulidade deste Auto de Infração.

Registra que consta na autuação, pragmaticamente, que a Autuada *‘deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal’*.

Diz que, da análise do Auto de Infração não há dúvidas de que estão ausentes os requisitos obrigatórios para a sua lavratura. Além da ausência de substituição tributária, verifica-se inexistir qualquer congruência nos valores de base de cálculo que o Autuante consigna na sua autuação. A base de cálculo atribuída na autuação não condiz, sequer, com as informações lançadas pela Autuada nos sistemas desta Secretaria da Fazenda, e sequer com os registros de entrada constantes na sua contabilidade.

Consigna que desconhece a Autuada como o Auditor alcançou a base de cálculo disposta na autuação, o que prejudica sua defesa neste sentido. Vê-se, então, a patente inconsistência do mencionado Auto!

Com relação a este ponto, questiona-se: Como o Agente Fiscal chegou ao valor da base de cálculo? Qual o critério adotado pelo Agente Fiscal para apuração do suposto valor devido? De onde originaram as bases de cálculo atinentes às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal tomadas pela Autuada? Diz que desconhece as mencionadas bases de cálculo!

Ademais, diz que é importante observar que, mesmo inexistindo pertinência na exigibilidade do valor de imposto e multa (penalidade) em desfavor da Autuada pela ausência de substituição tributária, faz-se necessário registrar que omitir ao sujeito passivo a indicação correta da base de cálculo, a maneira de calcular o que lhe é exigido e a origem do suposto Crédito Tributário, viola, peremptoriamente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ao passo que dificulta a cabal e integral irresignação em face do ato que se tenta impugnar.

Assim, aduz que, por não atender aos requisitos legais estabelecidos, expressamente dispostos na Legislação Tributária deste Estado da Bahia, o Auto de Infração está eivado de vício que enseja a sua nulidade.

3. DOS PEDIDOS:

Face ao exposto, postula a Autuada, com a devida vênia, que:

- a) Seja reconhecida a impertinência da autuação, acolhendo-se, assim, a presente Impugnação, seja porque inexistente substituição tributária no caso em tela, seja porque inexistente a obrigatoriedade de reter e recolher os impostos atinentes às prestações de serviços de transporte, fatos que ensejam a desnaturação da penalidade tributária equivalente a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido (art. 42, II, ‘e’ da Lei nº 7.014/96) e de eventual imposto exigido.
- b) Subsidiariamente, acaso ultrapassado o pleito ‘a’, seja decretada a nulidade do Auto de Infração, por lhe faltar requisitos imprescindíveis para efetividade da sua lavratura, vale dizer, desconhecimento da base de cálculo atribuída na autuação, nos termos dos artigos 18, II e 39, III e IV, ‘b’ do Decreto nº 7.629/1999 – RPAF/BA, conforme razões expendidas.
- c) Alternativamente, caso seja reconhecido, ainda assim, o descumprimento de obrigação, que esta Secretaria da Fazenda aplique o cancelamento de penalidade constante no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/1996, levando em consideração a sua boa-fé, a ausência de dolo e fraude, a proporcionalidade e razoabilidade asseguradas pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, arquivando-se, assim, o feito, por inexistir qualquer exigência de recolhimento do imposto.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 69/71 dos autos, após descrever resumidamente os termos da infração imputada, assim se posiciona:

Diz que o Contribuinte Autuado, adquiriu serviço de transporte de cargas, interestadual, por prestações sucessivas, de transportadores inscritos no Cadastro Estadual.

Assim, destaca que o tomador do serviço de transporte, por imposição legal (art. 298, II do RICMS e 123 CTN), deve reter e recolher o ICMS incidente sobre as prestações sucessivas de serviço de transporte interestadual, na condição de Substituto Tributário do transportador.

Registra que nas folhas 10 a 21 está evidenciado o não recolhimento do imposto referente à Substituição Tributária de transporte. Destaca que o contribuinte em nenhum momento nega o cometimento da infração autuada. Consigna que sua defesa baseia nas alegações de que os serviços de transporte de carga contratado por eles não estariam vinculados a contrato de prestação de serviços.

Destaca o Parecer DITRI nº 17.445/12 de 24/07/2012, que deve aplicar na qualidade de preposto do Estado, no exercício de atividade vinculada, que destaca.

“Ao disciplinar a matéria, o RICMS-BA, no art. 298, inciso II, assim estabelece:

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.”

Da análise do dispositivo, verifica-se que, para a atribuição da responsabilidade ali prevista, deve-se considerar como contrato o simples ajuste para a prestação de serviço de transporte por parte da empresa transportadora sucessivamente para determinado contribuinte, inscrito na condição de normal, contratação esta que pode ser efetuada formalmente (contrato escrito) ou não (contrato tácito) (grifos meus).

Tem-se, portanto, que a imposição da responsabilidade tributária estabelecida no RICMSBA/12, art.298, inciso II, independe da formalização de contrato. Assim sendo, a conclusão é no sentido de que, nas sucessivas prestações de serviço de transporte de passageiros tributadas, vinculadas a contrato informal, cabe ao tomador de serviço inscrito no cadastro de contribuintes deste Estado na condição de normal, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido”(grifos meus).

Diz, também, que o artigo 298 supracitado é impositivo, não facultativo. Registra que foi instituído visando viabilizar o trabalho do Fisco, pois se sabe da dificuldade de fiscalizar a atividade de empresas transportadoras, tidas como voláteis. Trata-se do significado atribuído ao texto jurídico, ou *mens legis*.

Destaca que, quem define o Sujeito Passivo da operação é a Lei. Não a convenção entre as partes. Assim diz que está previsto no art. 123 do CTN – Lei nº 5.172/66, que dispõe que, salvo disposições de lei em contrário, 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. Registra que o sujeito passivo é o tomador do serviço de transporte interestadual de cargas, inscrito no Cadastro Estadual como normal e perfeita está a autuação.

Observa que é pacífico que, caso o transportador tenha recolhido, indevidamente, o ICMS sobre comento, tem direito à restituição, nos termos do art. 73 do RPAF – Dec. nº 7629/99.

Por outro lado, quanto aos questionamentos referentes ao cálculo para se encontrar o montante devido, é uma inverdade a afirmação que “a autuada desconhece as mencionadas bases de cálculo” (fl. 37).

Diz que, na data de 07 de junho de 2019, foi enviada correspondência por e-mail com solicitando informação/comprovação sobre tópicos analisados por este auditor na auditoria que, entre estes, consta o arquivo PEROXY ST_Transp.xlsx (a mesma planilha com os dados do Auto de Infração). (vide anexo). No dia 19 de junho de 2019, veio a resposta da empresa informando que estavam “reunindo as informações”. (vide anexo). Neste contexto, diz que, como pode a autuada afirmar

que “*desconhece as bases de cálculo*” se estavam “*reunindo as informações*”, mesmo durante o processo de fiscalização.

Acrescenta que no dia 26 de julho de 2019 foi enviada nova correspondência por e-mail com o arquivo PEROXY ST_Transp.xlsx com todas as informações referentes ao Auto de Infração (anexo *print* de parte da planilha onde aparecem dados e fórmula de cálculo). (vide anexo).

Diz, então, que, independentemente de ser inverídica a afirmação de desconhecimento dos cálculos e falta de acesso às informações constantes na planilha que serviu de ferramenta auxiliar para se chegar ao montante autuado, este auditor não visualiza nenhum obstáculo para que seja reaberto prazo de 10 (dez) dias para manifestação do contribuinte, conforme preconiza o art. 18, parágrafo 1º do RPAF, onde o contribuinte poderá verificar o arquivo com a planilha de cálculo constante no CD anexo ao AI (fl. 22).

Diante do exposto, solicita que seja julgado procedente o Auto de Infração em pauta.

VOTO

O contribuinte suscita a nulidade do Auto de Infração em tela, sob a perspectiva de que a base de cálculo atribuída na autuação não condiz, com as informações lançadas pela Autuada nos sistemas desta Secretaria da Fazenda, e sequer com os registros de entrada constantes na sua contabilidade. Acrescenta que desconhece como o autuante alcançou a base de cálculo disposta na autuação, o que prejudica sua defesa.

Neste sentido, pede que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, por lhe faltar requisitos imprescindíveis para efetividade da sua lavratura, dado o desconhecimento da base de cálculo atribuída na autuação, nos termos dos artigos 18, II e 39, III e IV, “b” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999.

Rejeito tal arguição de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração, foi efetuada de forma compreensível e está em total consonância com o demonstrativo, que fundamenta a autuação, constante do CD/Mídia de fl. 22, entregue ao preposto da empresa na ocasião da ciência do ato de lançamento.

Vê-se, do citado demonstrativo, a indicação de todos CT-e decorrentes dos serviços de transportes tomados pelo sujeito passivo, com a indicação do “*número*”, “*CNPJ do emitente*”, “*data de emissão*”, “*UF destino*”, “*valor da prestação de serviço*”, “*alíquota*”, que, agrupando mês a mês, compõem a base de cálculo, para cada data de ocorrência do lançamento do imposto cobrado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações sucessivas de transporte, na forma da legislação.

Desta forma, não há que se falar em falta de conhecimento da base de cálculo atribuída na autuação. Afasto, portanto, a nulidade da autuação arguida.

No mérito, trata o presente PAF, de lançamento fiscal de crédito tributário, para exigir imposto no montante de R\$1.442.189,53, por ter deixado o defendente de proceder a retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativas às prestações sucessivas de transporte interestadual, tomados na forma do demonstrativo constante do CD/Mídia de fl. 22, entregue ao Contribuinte Autuado na ocasião da ciência do Auto de Infração em análise, bem assim dos documentos às fls. 10 a 21 dos autos.

Como posto na descrição dos fatos da autuação, a falta de retenção e o consequente não recolhimento aos cofres do Estado da Bahia, na qualidade de sujeito passivo por substituição, do ICMS incidente sobre operações de prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste Estado, na condição de normal, envolvendo repetidas prestações de serviços vinculadas a contratos, estariam em desacordo com o artigo 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, que assim dispunha à época dos fatos:

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:

- I. realizadas por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita nesse estado;
- II. que envolva repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato. (Grifos acrescidos)

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz que é importante observar que a legislação deste Estado da Bahia preleciona que somente há que se falar em responsabilidade por substituição tributária nas prestações de serviço de transporte quando se tratar de transportador autônomo ou não inscrito no Estado, e na hipótese de prestações sucessivas vinculadas a contrato, o que diz não ter ficado configurado nos autos.

Diz também, que o simples fato de haver a utilização de transportadora com certa habitualidade (prestações sucessivas) não caracteriza o disposto no art. 298, II do RICMS, base para a atuação combatida, de forma a atrair a substituição tributária.

Pontua, que se é necessário para fins de substituição tributária, a formalização de contrato (Inc. II), a conclusão óbvia, à luz do seu entendimento, é que somente ocorre a substituição tributária, dentre outras hipóteses, quando envolver repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato. Inexistindo contrato, registra que inexiste substituição tributária.

Para fomentar a regularidade das operações, objeto da presente autuação, diz que solicitou de uma das transportadoras, no caso em tela, a BRAMBILA, além de declaração de recolhimento do ICMS atinente às prestações de serviço de transporte tomado, também, solicitou DAE's de recolhimento, relativos aos períodos autuados, a fim de comprovar a ausência de qualquer prejuízo ao Fisco da Bahia por ter sido recolhido, pela mesma, o imposto devido aos Cofres do Estado.

Desta forma, diz que, mesmo inexistindo a obrigação de reter e recolher, “por *responsabilidade*”, o imposto objeto da autuação, que à luz do seu entendimento não se adequa ao caso concreto, tomou o cuidado de solicitar de uma de suas transportadoras todos os recolhimentos efetuados durante todo o período autuado, justamente para combater *in totum* qualquer alegação do agente Fiscal.

Registra que o procedimento adotado com suas prestadoras de serviço de transporte, é de que, emitido o conhecimento de transporte pela transportadora – “*conhecimento de transporte = valor do transporte = frete = supostas bases de cálculo dispostas neste Auto*”, o valor cobrado é integralmente pago às prestadoras, inexistindo em tais conhecimentos, inclusive, qualquer observação de que a operação é por substituição tributária.

Em sede de Informação Fiscal, o agente Fiscal Autuante pontua que o artigo 298 do RICMS/BA supracitado, é impositivo, não facultativo. Pontua também que quem define o sujeito passivo da operação é a Lei, e não a convenção entre as partes. Neste contexto, registra a disposição do art. 123 do CTN.

Pontua que o sujeito passivo, é o tomador do serviço de transporte interestadual de cargas, inscrito no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia como normal. Assim diz que perfeita está a autuação. Por outro lado, observa que é pacífico que, caso o transportador tenha recolhido, indevidamente, o ICMS sobre comento, tem direito à restituição, nos termos do art. 73 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sobre o registro do sujeito passivo da ausência de qualquer prejuízo ao Fisco da Bahia, por ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte, objeto da autuação, dado que tal recolhimento fora efetuado pelas próprias transportadoras prestadoras do serviço, não há qualquer contestação do agente Fiscal Autuante, exceto quanto a afirmação de que o artigo 298 do RICMS/BA é impositivo e não facultativo, onde define que o sujeito passivo das operações, objeto da autuação, é o Contribuinte Autuado, e que por isso deveria ter efetuado o recolhimento do

imposto, cabendo a este, com o pagamento do Auto de Infração em tela, pedir a restituição do indébito fiscal nos termos do art. 73 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Feitas estas considerações acerca dos argumentos da defesa e do autuante, passo, então, a me manifestar.

Da análise das peças que compõem o presente processo, observo duas questões suscitadas pelo sujeito passivo de improcedência do Auto de Infração. Uma delas é a arguição de inexistência da substituição tributária nas operações, objeto da autuação, por ausência de contrato entre o prestador e o tomador do serviço de transporte, condição “*sine qua non*”, à luz do seu entendimento, de aplicação do artigo 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, anteriormente destacado.

Nesse contexto, vejo restar razão ao sujeito passivo, de que a previsão para a sujeição à substituição tributária prevista no art. 298, inc. II do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores, em prestações de serviços de transportes, para enquadrá-las em operações sucessivas, devem estar vinculados a contrato. O Regulamento é claro, ao se referir a existência de contrato, e não de contrato tácito, como defende o i. Autuante, ao buscar fundamento no Parecer DITRI nº 17.445/12 de 24/07/2012. Aliás, esse foi o mesmo entendimento dos membros desta 4ª junta de julgamento, no Acórdão nº JJF Nº 0161/19 em matéria idêntica ao presente PAF.

A outra arguição é a de que o imposto cobrado na autuação já teria sido recolhido aos Cofres do Estado da Bahia pelas transportadoras prestadora dos serviços de transportes, objeto da autuação.

Compulsando detidamente as documentações acostadas aos autos, vejo à fl. 53 dos autos, declaração da BRAMBILA TRANSPORTE E LOGISTA EIRELI, CNPJ 06.281.06/0002-70, I.E. 106.535.956, com endereço na Rua Hidrogênio, s/nº Polo Petroquímico, Município Camaçari, Estado da Bahia, informando que efetuou os recolhimentos de ICMS sobre as operações realizadas de transporte de cargas da empresa autuada, a PEROXY BAHIA INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA, referente aos exercícios de 2015, 2016, objeto da autuação.

Associado a essa declaração, observo o demonstrativo de fl. 54, elaborado pela BRAMBILA TRANSPORTE E LOGISTA EIRELI, CNPJ 06.281.06/0002-70, I.E. 106.535.956, indicando todos os valores dos impostos devidos pelos serviços de transportes fornecidos junto a autuada PEROXY nos anos de 2015 e 2016, com os DAE's de recolhimentos acostados às fls. 55 a 65 dos autos.

Analisando, portanto, o demonstrativo que discrimina os CT-e que estão sendo cobrados na presente autuação, por falta de retenção do ICMS e consequente não recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, do imposto aos Cofres do Estado da Bahia, constante do CD/Mídia de fl. 22 dos autos, observo que 99% (noventa e nove por cento) se relacionam a operações de serviços de transporte tomados junto a BRAMBILA TRANSPORTE E LOGISTA EIRELI, CNPJ 06.281.06/0002-70, I.E. 106.535.956.

Os demais serviços de transportes tomados pela a empresa autuada, a PEROXY BAHIA INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA, junto a outras transportadoras, ALIANÇA NAVEG, BRASPRESS, FEDEX BRASIL, LOG-IN LOGIST e VERONA LOG, constantes do citado demonstrativo, não estão sendo cobrado o imposto, e quando cobrado em algumas das operações, não deveria ter sido cobrado por não caracterizar operações sucessivas, dado o volume de operações de transporte ocorrido em todo o período da autuação.

Logo, com o intuito de atestar o efetivo recolhimento do imposto, como alegado pelo sujeito passivo em sede de defesa, aos Cofres do Estado da Bahia, das operações de serviço de transporte tomados pela PEROXY junto a BRAMBILA, constantes do demonstrativo que fundamenta a autuação, em que se poderiam caracterizar de operações sucessivas, este Relator Julgador, no exercício de suas funções, acessou a Escrita Fiscal Digital (EFD) da BRAMBILA TRANSPORTE E LOGISTA EIRELI, CNPJ 06.281.06/0002-70, I.E. 106.535.956, onde constatou que todas os CT-e emitido em nome PEROXY BAHIA INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA, objeto da presente autuação, estão registrado na sua escrita, mais especificamente no livro “*Registro de Saídas*”, significando que o

imposto já foi de fato oferecido a tributação, o que referenda a declaração da transportadora retro citada.

Neste contexto, manter tal autuação caracterizaria a ocorrência do “*bis in idem*” ou seja, o recolhimento devido pelas operações de serviço de transporte das mercadorias/produtos, objeto da presente autuação, duas vezes aos cofres do Estado, indo de encontro à legislação pertinente. Assim, manifesto pela insubsistência da infração caracterizada na inicial dos autos.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299326.0015/19-7**, lavrado contra **PEROXY BAHIA INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA