

A. I. Nº - 269140.0007/19-6
AUTUADO - NESTLE BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CLAUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/08/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-01/20VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Cabe ao tomador do serviço, quando inscrito na condição de normal, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS referente às prestações de serviço de transporte interestadual de carga. A legislação tributária aplicável estabelece que o recolhimento deverá ser realizado de forma segregada das operações normais do estabelecimento. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 26/11/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$10.635.206,12, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal (07.14.03), ocorrido de janeiro de 2017 a maio de 2018 e em outubro de 2018, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante acrescentou que o autuado lançou o débito no Registro de Apuração e fez a compensação com saldo credor existente.

O autuado apresentou defesa das fls. 690 a 709, demonstrando a sua tempestividade. Alertou para o fato de que não está sendo acusado de falta de retenção, pois esses valores foram escriturados nos seus registros fiscais, afastando qualquer alegação de que agiu com dolo.

Alegou que lançou o valor do imposto retido como “outros débitos” na apuração do imposto porque não havia à época norma que impedisse esse procedimento. Disse que o ICMS retido relativo ao serviço de transporte não possuía regra semelhante a que exige apuração segregada nos casos de ICMS devido na sistemática de substituição tributária.

Afirmou que o imposto exigido foi quitado, pois foi compensado com créditos fiscais em sua apuração. Requereu a retroatividade benigna da multa aplicada em decorrência da alteração da alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96, na hipótese de ser mantida a penalidade.

Teceu comentários acerca da não cumulatividade do ICMS. Citou que o § 7º do art. 150 da Constituição Federal admite que a lei atribua a sujeito passivo a condição de responsável pelo pagamento do imposto cujo fato gerador ocorra posteriormente. Concluiu que, por isso, não há que se falar em substituição tributária quando não haverá operações futuras. Ressaltou que a retenção de que trata este auto de infração consiste apenas em inversão da sujeição passiva.

Destacou que apenas em 01/01/2020 o art. 298 do RICMS previu expressamente que o valor do imposto retido deveria ser lançado no Registro E210, como débito especial, conforme Decreto nº 19.384/19.

Reiterou que o que se discute nesse auto de infração é a forma como o imposto foi adimplido, o que torna inadequada a imposição de penalidade no percentual de 150%, já que todos os débitos foram escriturados. Lembrou que em outro julgamento, o CONSEF reduziu de 150 para 60% a

penalidade quando o autuado sequer havia retido o imposto. Reiterou, também, que, em último caso, seja aplicada a retroatividade benigna, reduzindo a multa para 100% por força da alteração dada pela Lei nº 14.183/19 à alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Destacou que a multa de 150% é absolutamente desproporcional já que todos os lançamentos foram efetuados, possuindo caráter confiscatório, nos termos do inciso IV do art. 150 da Constituição Federal.

O autuado protestou, ainda, pela posterior juntada de outros documentos e pela eventual conversão do julgamento em diligência para confirmação dos elementos trazidos com a defesa, além de indicar o endereço dos patronos para onde requereu que fossem enviadas as intimações relativas a este processo administrativo.

A autuante apresentou informação fiscal das fls. 726 a 733. Disse que o autuado confundiu dois regimes de apuração do ICMS, o de substituição tributária com o normal. Ratificou que o autuado não poderia compensar nas operações próprias o imposto retido de terceiros. Deveria ter consignado no Registro de Apuração, no campo “observações” e recolhido conforme determina o inciso XIII do art. 332 do RICMS.

Destacou que a Constituição Federal estabelece que cabe à Lei Complementar dispor sobre a substituição tributária, conforme alíneas “a” e “b” do inciso XII do § 2º do art. 155. Afirmou, também, que o Convênio ICMS 25/1990 também definiu o responsável pelo pagamento do ICMS por substituição tributária relativo às prestações de serviço de transporte.

Explicou que ocorreram pagamentos efetivamente realizados pelo autuado que foram abatidos do montante apurado neste auto de infração. Ressaltou que o não recolhimento de ICMS retido de terceiros é considerado crime contra a ordem tributária, nos termos do inciso II do art. 2º da Lei nº 8.137/1990.

Quanto à multa aplicada, a autuante ressaltou que aplicou o que está estabelecido na alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96, mas confirmou que o percentual foi reduzido para 100% após a lavratura do auto de infração.

VOTO

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

Indefiro o pedido de diligência formulado pelo autuado, visando confirmação dos elementos trazidos na defesa. Não há necessidade de submeter a qualquer verificação, pois os elementos trazidos poderão ser considerados mesmo sem a participação de um terceiro nos autos.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato, quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade 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 inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. A multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A presente exigência fiscal consiste em cobrança do recolhimento do ICMS retido pelo autuado, relativo ao serviço de transporte por ele contratado. Consta que o autuado compensou o respectivo débito fiscal na apuração do imposto pelo regime de conta-corrente fiscal.

O inciso V, do caput do art. 8º da Lei nº 7.014/96, estabeleceu o contratante da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal como responsável pelo lançamento e recolhimento

do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição. A alínea “b”, do inciso I, do caput do art. 23 da Lei nº 7.014/96, em consonância com o inciso I, do caput do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, define como base de cálculo para fins de substituição tributária, em relação às prestações concomitantes, o valor da prestação praticada pelo contribuinte substituído. Assim, o presente auto de infração traz uma lide em que o autuado figura como substituto tributário.

Não procede a afirmação do autuado de que não havia à época dos fatos geradores, qualquer norma que exigisse que o recolhimento do imposto devesse ocorrer de forma segregada. À época da ocorrência dos fatos geradores, a alínea “c”, do inciso III, do § 2º, do art. 298 do RICMS, estabelecia que o sujeito passivo por substituição, contratante de repetidas prestações de serviços de transporte de carga, deveria lançar em sua escrita fiscal o valor total do imposto retido no Registro de Apuração do ICMS, no campo “observações”, fazendo constar a expressão “Substituição Tributária - Serviço de Transporte.

Essa escrituração no Registro de Apuração, não implicava em qualquer oferecimento do respectivo débito fiscal à compensação com outros créditos fiscais que por ventura o autuado tivesse em sua apuração. No § 4º, do art. 305 do RICMS, não consta o ICMS retido pelo contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais, como um dos débitos fiscais em que o contribuinte pudesse lançar, para efeito de cálculo do imposto a recolher pelo regime de conta corrente fiscal.

Na alínea “b”, do inciso XIII, do caput do art. 332 do RICMS, está determinado que o recolhimento do ICMS referente à prestação de serviço de transporte em que seja atribuída a terceiro a responsabilidade pela retenção do imposto, deveria ser efetuado até o dia 15 do mês subsequente ao da prestação. O prazo distinto para recolhimento desse débito, é outra prova que o autuado jamais poderia incluí-lo na apuração pelo regime de conta corrente fiscal.

Por outro lado, reconheço que a multa aplicada deverá ser reduzida para 100%, por força da alteração da alínea “a”, do inciso V, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pela Lei nº 14.183/19, que atribuiu penalidade mais benéfica à infração tipificada neste auto de infração, conforme previsto na alínea “c”, do inciso II, do art. 106 do CTN.

Desta forma, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração, ficando reduzida para 100% a multa aplicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269140.0007/19-6**, lavrado contra **NESTLE BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.635.206,12**, acrescido de multa de 100%, prevista na alínea “a”, do inciso V, do art. 42 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, 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 Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2020.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR