

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0065/20-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - C NOVA COMÉRCIO ELETRÔNICO S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0058-01/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/12/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0316-11/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Não restou evidenciada a retenção do imposto exigido pelo sujeito passivo. Efetivamente ocorreu a falta de retenção e recolhimento do imposto devido. Ademais, a autuação não foi baseada em notas fiscais emitidas pelo autuado, mas através dos conhecimentos de transporte emitidos pelos contribuintes substituídos. Conforme disposição do art. 18 IV “a” do RPAF/BA-99, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração. Recomendada a renovação da ação a salvo de erros. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício encaminhado pela 1ª JJF, em face de haver a mesma julgado nulo o presente Auto de Infração, lavrado em 30.09.2020, ciente em 12.10.2020, via DTE, no valor original de R\$ 1.604.849,26, nos termos do que determina o RPAF/BAHIA no artigo 169, inciso I, alínea “a”, tendo o valor desonerado ultrapassado o limite ali estabelecido, sendo a imputação determinada pelos autuantes o que está descrito abaixo:

Infração 01 – 07.14.01:

Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais.

Consta como complemento:

Referente às prestações contratadas junto às transportadoras PMA Logística e Transporte Rodoviário Ltda., On Time Express Logística e Transporte S/A e VVLOG Logística Ltda., que também não apuraram nem efetuaram o recolhimento do imposto, conforme demonstrativo CNova_ST_Fretes/CT, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.

Enquadramento legal:

Art. 34, III, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 298, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa aplicada de 100%, conforme art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Analisando o Auto de Infração acima descrito, a defesa apresentada pela autuada, protocolada em 14.12.2020, fls. 16 a 31, a Informação Fiscal prestada pelos autuantes, protocolada em 08.02.2021, fls. 177 a 183, em sessão do dia 19.04.2021, através o Acórdão JJF nº 0058-01/21-VD, fls, 196 a 200, assim decidiu a Junta Julgadora:

O presente auto de infração, trata de exigência de imposto decorrente da falta de recolhimento do ICMS retido, relativos às contratações de serviços de transportes sucessivos.

Preliminarmente, constato que para apuração do imposto devido, os autuantes tomaram como base os conhecimentos de transportes emitidos pelos contribuintes, que deveriam figurar na relação como substituídos.

Destarte, visando confirmar a retenção do imposto nas notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo da autuação,

tivemos que através das poucas chaves eletrônicas dos conhecimentos de transporte listados no demonstrativo, buscar a nota fiscal vinculada a operação.

Assim, restou constatado, a título de exemplo, que o conhecimento de transporte nº 591570, emitido em 14/02/19, pela VVLOG Logística Ltda, está vinculado à nota fiscal nº 116603, de 13/02/19, a qual, não houve ICMS ST destacado no documento.

Saliente ainda, que na própria informação fiscal prestada pelos autuantes, à fl. 181, é claramente consignado pelos mesmos, que o autuado não declarou o imposto devido.

Portanto, constata-se que não houve retenção do imposto questionado nos documentos emitidos pelo sujeito passivo, sendo que estes é que deveriam ter sido objeto da infração. Apesar do fulcro da autuação ser a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o que efetivamente ocorreu foi a falta de retenção e de recolhimento do imposto em lide.

Nessas circunstâncias, de acordo com as disposições do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA-99, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Ademais, para se precisar a base de cálculo do imposto devido, é necessário que constem nos autos as notas fiscais emitidas pelo autuado, onde o mesmo declara assumir a responsabilidade pelo ICMS incidente sobre o serviço de transporte contratado, conforme previsto na alínea “a”, do inciso I, do § 2º, do art. 298 do RICMS, vigente à época dos fatos geradores.

É cediço, que os fatos geradores do ICMS só podem ser constatados após a verificação da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, posto que as relações jurídico-tributárias devem observar os critérios de segurança e certeza, sendo ilegítimos lançamentos tributários fundamentados em suposições, devendo ser sempre homenageados os princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Friso, por julgar de suma importância na análise do presente processo, que somente há incidência do tributo sobre fatos reais, sendo necessária a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual a fiscalização tem obrigatoriamente que demonstrar de forma irrefutável a ocorrência dos fatos tributáveis, em observância ao princípio da verdade material.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, e, nos termos do art. 21 do RPAF, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento, a salvo de falhas e incorreções, visando a verificação dos créditos favoráveis a Fazenda Pública Estadual.

Tendo conhecimento da decisão proferida pela 1ª JJF que anulou o Auto de Infração objeto do presente processo, inconformados, os autuantes apresentaram manifestação contrária à mesma, protocolada em 07.06.2021, fls. 204 a 219, que ora analiso.

Inicialmente os autuantes abordam o que denominam **DA NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA** onde apresentam, preliminarmente, o que entendem como contraditória a base utilizada pelo relator do processo ao afirmar:

“Preliminarmente, constato que para apuração do imposto devido, os autuantes tomaram como base os conhecimentos de transportes emitidos pelos contribuintes, que deveriam figurar na relação como substituídos”

Dizem que: “*Na verdade, os Autuantes “tomaram como base” os registros fiscais da Autuada. Ou seja, “os conhecimentos de transportes emitidos” pelas transportadoras e regularmente escriturados na sua EFD*”.

E apresentam extrato demonstrativo da apuração da ST reclamada, acrescendo ao demonstrativo a identificação dos lançamentos dos conhecimentos na EFD da autuada, defendendo que a base para o cálculo é o próprio conhecimento de transporte anotado.

Relativo à afirmativa do relator que não encontrara nas notas fiscais emitidas pela autuada o cálculo da ST sobre os fretes, afirmam que tal situação seria impossível de se encontrar, em face de não haver campo nos referidos documentos fiscais para tanto, e transcrevem o contido no RICMS, artigo 298, § 5º, vigente até 31/12/2019:

“§ 5º A substituição tributária relativa a repetidas prestações de serviço de transporte vinculadas a contrato implica que:

I - a emissão dos Conhecimentos de Transporte pela empresa transportadora, a cada prestação, será feita sem destaque do imposto, neles devendo constar a expressão “Substituição tributária - art. 298 do RICMS;

II - tendo a transportadora obtido a autorização a que alude o § 4º deste artigo, poderá englobar num só

Conhecimento de Transporte, no final do mês, o montante das prestações verificadas no período, sem destaque do imposto, contendo, igualmente, a expressão prevista no inciso I deste parágrafo;

III - em todos os Conhecimentos de Transporte emitidos de acordo com os incisos precedentes, a transportadora fará constar, ainda, declaração expressa quanto ao regime de tributação adotado pelo seu estabelecimento, informando se fez opção pelo direito ao uso de créditos fiscais relativas a operações e prestações tributadas ou se, ao contrário, optou pelo benefício da utilização de crédito presumido;

IV - em substituição à exigência do inciso III deste parágrafo, poderá a empresa transportadora fazer aquela declaração em instrumento à parte, com identificação do signatário, com indicação do nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, devendo essa declaração ser conservada pelo sujeito passivo por substituição pelo prazo de 5 anos.”

Contestam o afirmado pelo relator sobre a Nota Fiscal nº 116.603, de 13.02.2019, cujo transporte foi acobertado pelo Conhecimento de Transporte nº 591270, de 14.02.2019, da VVLOG Logística Ltda., onde não haveria o destaque do ICMS ST, que o mesmo não poderia ocorrer, pois a nota fiscal não conteria campos onde alocar tal cobrança.

Reforçam com a transcrição do artigo 127 do RICMS, como abaixo:

“Art. 127. Conhecimento de Transporte Eletrônico - CT-e, modelo 57, é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar prestações de serviços de transporte de cargas, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador.

§ 1º Os contribuintes prestadores de serviço de transporte de carga ficam obrigados à emissão do CT-e nos prazos previstos na cláusula vigésima quarta do Ajuste SINIEF 09/07.

Complementam afirmando que não existe obrigatoriedade de a empresa transportadora destacar o ICMS ST em seus conhecimentos de transporte, conforme dispõe o artigo 298 do RICMS.

Destacam os autuantes: “*Há que se ter em mente que quando o emitente da Nota Fiscal destaca um valor no campo “Frete” não está se referindo, em hipótese nenhuma, ao ICMS ST da prestação do serviço de transporte vinculado especificamente àquela Nota Fiscal. O valor, ali destacado, quando ocorre, diz respeito ao valor cobrado do destinatário das suas mercadorias”.*

Analisam os autuantes, em seguida, as hipóteses de utilização (preenchimento) do campo “Frete” existente nas notas fiscais e as possibilidades de relacionamento com Conhecimentos de Fretes, destacando nem sempre ser possível estabelecer tal vinculação face a possibilidade de um Conhecimento de Frete poder se referir a várias notas fiscais.

Reafirmam a impossibilidade de se destacar o ICMS ST sobre fretes no corpo de nota fiscal por inexistência de campo para tanto.

Continuando analisam o sexto parágrafo do voto do relator onde se destaca:

“Portanto, constata-se que não houve retenção do imposto questionado nos documentos emitidos pelo sujeito passivo, sendo que estes é que deveriam ter sido objeto da infração. Apesar do fulcro da autuação ser a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o que efetivamente ocorreu foi a falta de retenção e de recolhimento do imposto em lide.”

Dizem não entender a quem se refere o relator, se à autuada ou às empresas transportadoras, sendo que estas não poderiam ser assim classificadas, por força do que determina o RICMS no artigo 298, que transcrevem, e questionam se restam dúvidas sobre a responsabilidade da autuada de relação ao ICMS ST objeto da cobrança.

Afirmam que os recolhimentos efetuados pelas transportadoras, a exemplo da VVLOG Logística Ltda., conforme consulta aos dados constantes na SEFAZ, revelam-se nitidamente inferiores aos reclamados na autuação e que, informalmente, tiveram a informação que os fretes estariam sujeitos à ST, apresentando valores comparativos dos meses de janeiro a maio de 2019, assim como da empresa On Time Express Logística e Transportes S/A., e, PMA Logística e Transporte Rodoviário Ltda.

Afirmam os autuantes:

Foi solicitado à Autuada, no curso da ação fiscal, iniciada em 13/07/2020 e concluída em 30/09/2020, período de 79 (setenta e nove dias), portanto, a comprovação do pagamento às referidas transportadoras, através dos boletos/borderô bancário ou mesmo registro na conta Fornecedores, no Razão Contábil para comprovação de que não reteve o ICMS ST.

A documentação não foi apresentada no período informado acima da mesma forma que, também, não o fez na sua defesa administrativa, via anexos, conforme pode ser comprovado no Processo Administrativo Fiscal, até a data da Informação Fiscal prestada pelos Autuantes.

Contestam, também, a afirmativa do relator de que: “Apesar do fulcro da autuação ser a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o que efetivamente ocorreu foi a falta de retenção e de recolhimento do imposto em lide”, quando dizem não terem recebido da autuada qualquer comprovação de não retenção do ICMS ST nas operações objeto da autuação.

Dizem os autuantes que cabe à autuada comprovar que não efetuou a retenção do ICMS ST, por meio de documentação e escrituração dos pagamentos, onde seriam demonstrados os valores pagos, donde se poderia conhecer a retenção ou não, o que não logrou comprovar.

De relação à afirmativa do relator que: “**Nessas circunstâncias, de acordo com as disposições do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA-99, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração**”, dizem não restar dúvidas da responsabilidade da autuada, a mesma contratou o transporte, efetuou seu pagamento, lançou os conhecimentos de fretes em sua EFD e apropriou-se dos créditos destacados nos mesmos.

Sequenciando, os autuantes analisam a base de cálculo do ICMS sobre fretes, à luz do que estabelece o RICMS, nas operações interestaduais e intermunicipais, inclusive quando da opção pelo crédito presumido para sua apuração.

Voltam a afirmar que a autuada não comprovou que realizou o pagamento dos fretes às transportadoras, bem como os valores correspondentes à ST dos mesmos.

Discorrem sobre o percentual da multa aplicada que, caso ocorresse a retenção e não recolhimento, seria de 100%, e, caso não ocorresse a retenção, seria de 60%, conforme determinado pela Lei nº 7.014/96, no artigo 42.

Abordando o oitavo parágrafo do voto condutor que assim foi expressado: “**Ademais, para se precisar a base de cálculo do imposto devido, é necessário que constem nos autos as notas fiscais emitidas pelo autuado, onde o mesmo declara assumir a responsabilidade pelo ICMS incidente sobre o serviço de transporte contratado, conforme previsto na alínea “a”, do inciso I, do § 2º, do art. 298 do RICMS, vigente à época dos fatos geradores.**”, os autuantes afirmam: “Os Autuantes confessam que não se sentem à vontade para comentar sobre o Oitavo parágrafo do Voto. No entanto, é desconfortante ler num Voto, que julgou nula uma ação fiscal, que “...é necessário que constem nos autos as notas fiscais emitidas pelo autuado, onde o mesmo declara assumir a responsabilidade pelo ICMS incidente sobre o serviço de transporte contratado...”.

Referente ao acima apresentado, os autuantes discorrem sobre o que está contido no CTN, artigos 123 e 128, que transcrevem, assim como o artigo 8º da Lei nº 7.014/96.

Comentam que é a Lei que determina quando deve ser feita a retenção do ICMS e não a autuada, ao seu discernimento e volta a transcrever o artigo 298 e seus parágrafos, do RICMS.

De relação às operações objeto da autuação, afirmam: “*Estamos tratando, aqui, de obrigação acessória da Autuada. Nunca de fato gerador de ICMS na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e muito menos de responsabilidade tributária. É matéria reservada à lei e não a “declaração” do sujeito passivo num documento fiscal da sua emissão*”.

Discorrem sobre a obrigatoriedade do destaque da não incidência do ICMS sobre operações de transporte de cargas, discorrendo a respeito da Lei nº 8.534, em seu artigo 2º, que referenciava aos sucessivos transbordos de mercadorias importadas.

Sequenciando a análise sobre a autuação, destacam os autuantes: “*Com o advento da Substituição Tributária dos serviços de transportes interestaduais e intermunicipais na Legislação estadual buscou-se sanar a evasão do ICMS nessa atividade. Uma vez que pouco adiantaria o alcance geral, pois somente trocaria os mal pagadores, restringiu-se a Substituição Tributária às contratantes de prestações sucessivas e ainda se emendou com uma malfadada redação de “vinculado a contrato”, que ao final se chegou à conclusão de que o CTRC/CT é, conforme a Legislação específica, o contrato de prestação de serviço de transportes*”.

Afirmam que desta determinação legal decorreu a existência de emissão de conhecimentos de fretes com destaque de ocorrência da ST sem que em realidade isto fosse constatado, do que decorreu a solução encontrada de os contratantes do frete inserirem no campo Informações Complementares das notas fiscais a expressão: “*o ICMS sobre o serviço de transporte é de sua responsabilidade*”.

Tal identificação facilitava a ação dos prepostos fiscais lotados nos Postos Fiscais, agilizando o trânsito das mercadorias e dando margem a que operações que deveriam se sujeitar à ST e não haviam sido assim tratadas, fossem identificadas e efetuada a cobrança do tributo devido ao Estado.

Em continuação os autuantes abordam o que afirma o relator nos parágrafos nono e décimo do acórdão ora combatido, assim descritos:

“*É cediço, que os fatos geradores do ICMS só podem ser constatados após a verificação da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, posto que as relações jurídico-tributárias devem observar os critérios de segurança e certeza, sendo ilegítimos lançamentos tributários fundamentados em suposições, devendo ser sempre homenageados os princípios da tipicidade cerrada e da legalidade*”.

“*Friso, por julgar de suma importância na análise do presente processo, que somente há incidência do tributo sobre fatos reais, sendo necessária a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual a fiscalização tem obrigatoriamente que demonstrar de forma irrefutável a ocorrência dos fatos tributáveis, em observância ao princípio da verdade material.*”

Dizem os autuantes:

“*Segundo farta jurisprudência, o que motiva a exigência do tributo é o fato gerador e sua incidência definida em lei e não a “incidência do tributo sobre fatos reais”. Isto está lá no Capítulo II, da Lei nº 5.172/66, o CTN:*”

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

E reportam, no caso aqui discutido, ao artigo 114, especificamente:

“Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.”

Voltam a apresentar o que está contido na 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;
..."

Assim como os artigos 1º e 2º da referida lei, como abaixo:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias;

II - a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal;

III - a prestação de serviços de comunicação.

Parágrafo único. Ocorre a incidência do ICMS inclusive quando as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 2º O ICMS incide sobre:

...
VI - a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via ou meio, inclusive gasoduto, oleoduto e aqueduto, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;
..."

Encerrando sua Manifestação os autuantes assim declaram:

Então, podemos afirmar, sem a menor sombra de dúvida, que o fato de uma operação ou prestação estar enquadrada no regime de Substituição Tributária, por força de Lei, não deixa de estar submetida a este regime de tributação pelo fato de o sujeito passivo não declarar no documento fiscal o ICMS ST de que era o responsável pela retenção e recolhimento do imposto.

Relembrando, não se trata de declarar o ICMS ST e sim a inserir no campo “Informações Complementares” a declaração prevista na alínea “a”, do inciso I, do § 2º, do art. 298 do RICMS, vigente à época dos fatos geradores, uma obrigação acessória, que diz respeito a controle fiscal.

Damos por encerrada nossa Manifestação evitando repetição de argumentos ao tempo em que afirmamos nosso profundo respeito, reconhecimento e admiração pelos Nobres Colegas da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Em expediente datado de 03.09.2021, os autuantes encaminharam à Presidência do CONSEF solicitação, nos seguintes termos:

“Em decorrência do julgamento NULO do Auto de Infração nº 279757.0065/20-6, lavrado contra CNOVA COMÉRCIO ELETRÔNICO S.A., estabelecida na Rodovia BA-535, s/n, Km 11,5, Via Parafuso, Polo Petroquímico, Camaçari-BA, CEP: 42.810-200, I.E: 117.753.411 e CNPJ: 07.170.938/0024-95, conforme ACÓRDÃO JJF Nº 0058-01/21-VD, que decidiu a matéria reportando-se a “obrigação acessória” disposta no Artigo 298, do Decreto nº 13.780/12, contrariando o que prescreve o Artigo 8º, Inciso V, da Lei nº 7.014/96, que trata da responsabilidade o lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, na contratação de prestação de serviços de transportes de cargas, requer:

1- Considerando que a decisão pautou-se em “obrigação acessória” e não dispositivo de lei que, obrigatoriamente deve vincular a matéria, em desobediência ao que dispõe o Inciso II, do Parágrafo único do Artigo 121, da Lei nº 5.172/66 (CTN).

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

2- Considerando que as “provas” referidas pelo Relator estão TODAS no Processo Administrativo Fiscal, fls. 08 a 09 (recorte) e completas na mídia de fls. 10, extraídas da EFD – Escrituração Fiscal Digital da Autuada.

3- Considerando que a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal se traduz num entendimento totalmente divergente das demais Juntas e Câmaras do CONSEF.

4- Considerando que não resta a menor dúvida de que a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal é manifestamente contrária à Legislação Tributária, ao decidir tomando por base o disposto na alínea “a”, do Inciso I, do § 2º, do artigo 298 do RICMS (uma obrigação acessória), vigente à época dos fatos geradores:

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.

§ 1º Relativamente ao disposto no inciso I, observar-se-á o seguinte:

I - a nota fiscal emitida pelo contribuinte substituto deverá conter no campo “informações complementares” a base de cálculo e o valor do imposto retido referente ao serviço de transporte;

II - o transportador autônomo e a empresa transportadora de outra unidade da Federação não inscrita neste Estado ficam dispensados da emissão de Conhecimento de Transporte;”

III - o sujeito passivo por substituição, em sua escrita fiscal:

a) lançará o documento no Registro de Saídas, relativamente aos dados correspondentes à operação própria;

b) na coluna “Observações”, na mesma linha do documento de que trata a alínea “a” deste inciso, lançará os valores do imposto retido e da respectiva base de cálculo, utilizando colunas distintas para essas indicações, sob o título comum “Substituição Tributária”;

c) se o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, os valores relativos ao imposto retido e à respectiva base de cálculo serão lançados na linha abaixo do lançamento da operação própria, sob o título comum “Substituição Tributária” ou o código “ST”;

d) no final do mês, consignará o valor total do imposto retido no Registro de Apuração do ICMS, no campo “observações”, fazendo constar a expressão “Substituição Tributária-Serviço de Transporte”.

§ 2º Nas repetidas prestações de serviço de transporte de carga vinculadas a contrato, o sujeito passivo por substituição:

I - fará constar na nota fiscal de saída de mercadorias:

a) declaração de que o ICMS sobre o serviço de transporte é de sua responsabilidade;

b) a expressão, se for o caso: “Dispensa de emissão de conhecimento de transporte a cada prestação, nos termos do §

4º do art. 298 do RICMS”;

...”

Em detrimento da responsabilidade que decorre de disposição expressa de lei, especificamente o Art. 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:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

III - o distribuidor de energia elétrica, gás natural, lubrificantes derivados ou não de petróleo e outros produtos da indústria química;

IV - o industrial ou extrator dos seguintes produtos:

- a) combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo;*
- b) gases derivados de petróleo.*

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

5- Considerando que se trata de matéria com entendimento pacificado pelas demais Juntas de Julgamento Fiscal e Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

6- Considerando os termos da Manifestação dos Autuantes de fls. 205 a 219, ainda não apreciados pelo Presidente do Conselho.

Deve o Auto de Infração nº 279757.0065/20-6 ser encaminhado ao PRESIDENTE DO CONSEF para que, na forma prevista no Inciso III, do Artigo 170, **interponha Recurso de Ofício à Câmara de Julgamento Fiscal para que decida pela nulidade do ACÓRDÃO JJF Nº 0058-01/21-VD, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, retornando o Processo Administrativo Fiscal para julgamento da matéria na Primeira Instância Administrativa, através das Juntas de Julgamento Fiscal”.**

VOTO

O presente processo trata da imputação à autuada do cometimento descrito na Infração 01, assim definida: *Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais.*

A análise efetuada pela Junta Julgadora e o julgamento pela nulidade da autuação teve por base o que determina a legislação em vigor, em especial o RICMS que regulamentou dispositivos da Lei nº 7.014/96, o que é a finalidade de Regulamento, em qualquer área tributária.

A Lei nº 7.014/96, assim estabelece no artigo 8º:

“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;

Na regulamentação deste dispositivo o RICMS, o artigo 298, vigente à época dos fatos geradores avocados na autuação, assim estabelecia:

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:

(...)

§ 2º Nas repetidas prestações de serviço de transporte de carga vinculadas a contrato, o sujeito passivo por substituição:

I - fará constar na nota fiscal de saída de mercadorias:

- a) declaração de que o ICMS sobre o serviço de transporte é de sua responsabilidade;*

(...)

“§ 5º A substituição tributária relativa a repetidas prestações de serviço de transporte vinculadas a contrato implica que:

I - a emissão dos Conhecimentos de Transporte pela empresa transportadora, a cada prestação, será feita sem destaque do imposto, neles devendo constar a expressão “Substituição tributária - art. 298 do RICMS;

II - tendo a transportadora obtido a autorização a que alude o § 4º deste artigo, poderá englobar num só Conhecimento de Transporte, no final do mês, o montante das prestações verificadas no período, sem destaque do imposto, contendo, igualmente, a expressão prevista no inciso I deste parágrafo;

III - em todos os Conhecimentos de Transporte emitidos de acordo com os incisos precedentes, a

transportadora fará constar, ainda, declaração expressa quanto ao regime de tributação adotado pelo seu estabelecimento, informando se fez opção pelo direito ao uso de créditos fiscais relativas a operações e prestações tributadas ou se, ao contrário, optou pelo benefício da utilização de crédito presumido;

IV - em substituição à exigência do inciso III deste parágrafo, poderá a empresa transportadora fazer aquela declaração em instrumento à parte, com identificação do signatário, com indicação do nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, devendo essa declaração ser conservada pelo sujeito passivo por substituição pelo prazo de 5 anos.”

Muito embora alegada pelos autuantes a obrigatoriedade de assunção pela autuada do recolhimento do ICMS-ST sobre os fretes contratados juntos às empresas apontadas como prestadoras do serviço de transporte, em momento algum foi comprovado que os serviços de transportes aqui debatidos estivessem acobertados por contrato, como exigido pela legislação.

Também, em momento algum, comprovaram os autuantes que as transportadoras supostamente contratadas emitiram os conhecimentos de transportes, atendendo ao que dispõe o § 5º do artigo 298, acima transcrito.

Estranha a afirmativa dos autuantes de que os recolhimentos efetuados pelas transportadoras, a exemplo da VVLOG Logística Ltda., conforme consulta aos dados constantes na SEFAZ, revelam-se nitidamente inferiores aos reclamados na autuação, não tendo os mesmos sido fiscalizados, e que **informalmente** tiveram a informação de que os fretes estariam sujeitos à ST, apresentando valores comparativos dos meses de janeiro a maio de 2019, assim como da empresa On Time Express Logística e Transportes S/A. e PMA Logística e Transporte Rodoviário Ltda.

Ao criticar a decisão de piso de que “*Nessas circunstâncias, de acordo com as disposições do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA-99, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração*”, dizem não restar dúvidas da responsabilidade da autuada: a mesma contratou o transporte, efetuou seu pagamento, lançou os conhecimentos de fretes em sua EFD e apropriou-se dos créditos destacados nos mesmos.

E de outra forma não poderia deixar de ser. Ao utilizar os serviços das transportadoras, sendo o frete na condição CIF, errôneo seria não escriturar os conhecimentos, e mais estranho seria não utilizar o crédito do ICMS, direito seu, por haver assumido a responsabilidade pelo pagamento.

Ao afirmar que seria obrigação da autuada comprovar que não efetuou a retenção do ICMS-ST, inexistindo o contrato de prestação continuada de serviços de transportes, não poderia mesmo haver tal comprovação.

Afirma o ilustre relator da Junta Julgadora ao analisar a inexistência de contrato de transportes o que ensejaria a cobrança pretendida, o lançamento efetuado pelos autuantes sem lastro documental:

(...) sendo ilegítimos lançamentos tributários fundamentados em suposições, devendo ser sempre homenageados os princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Friso, por julgar de suma importância na análise do presente processo, que somente há incidência do tributo sobre fatos reais, sendo necessária a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual a fiscalização tem obrigatoriamente que demonstrar de forma irrefutável a ocorrência dos fatos tributáveis, em observância ao princípio da verdade material.

Num claro confronto com o decidido pela Junta Julgadora, é de se estranhar a afirmativa dos autuantes:

“Os Autuantes confessam que não se sentem à vontade para comentar sobre o Oitavo parágrafo do Voto. No entanto, é desconfortante ler num Voto, que julgou nula uma ação fiscal, que “...é necessário que constem nos autos as notas fiscais emitidas pelo autuado, onde o mesmo declara assumir a responsabilidade pelo ICMS incidente sobre o serviço de transporte contratado...”.

Considerando o que consta no processo, falta de comprovação por parte dos autuantes do que alegam como infringência à legislação, da certeza da decisão de piso, com a qual concordo em todos os seus termos, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e acato a decisão de piso,

declarando NULO o Auto de Infração em comento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **279757.0065/20-6**, lavrado contra **C NOVA COMÉRCIO ELETRÔNICO S.A.** Recomenda-se à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento, a salvo de falhas e incorreções, visando a verificação dos créditos favoráveis à Fazenda Pública Estadual.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR DA PGF/PROFIS