

**A. I. Nº** - 279757.0065/20-6  
**AUTUADO** - C NOVA COMÉRCIO ELETRÔNICO S. A.  
**AUTUANTES** - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e JALON SANTOS OLIVEIRA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 20/05/2021

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0058-01/21-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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em referência, lavrado em 30/09/2020, cuida de exigência de imposto no valor histórico de R\$1.604.849,26, mais multa de 100%, em face da seguinte acusação:

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”

Descreve ainda os autuantes: “*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*”.

A infração ocorreu nos meses de janeiro a julho e setembro de 2015; janeiro de 2016; março a maio de 2019.

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.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 12/10/20, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 14/12/20, peça processual que se encontra anexada às fls. 16 a 31. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumentos de substabelecimento e procuração constantes nos Autos às fls. 33 a 37.

A Impugnante inicialmente reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva, e apresenta uma síntese da autuação, transcrevendo a imputação, bem como seu enquadramento legal.

Em seguida argui a nulidade do lançamento tributário, alegando existência de vício de fundamentação e em razão de procedimento pautado em presunção.

Transcreve o artigo 298, do RICMS/BA, reclamando que os autuantes deixam de indicar

especificamente em qual hipótese do mencionado dispositivo ocorreu a violação.

Diz que apesar do Auto de Infração não explicitar, resta somente aos autuantes buscar fundamentar o lançamento tributário com base no inciso II do referido artigo, o qual se refere à hipótese de “repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato”.

Assevera que não foi apresentado o instrumento contratual que embasaria tal prestação de serviço, atendendo-se integralmente à dicção do dispositivo legal em questão.

Enfatiza que caberia à autoridade autuante instruir a lavratura do Auto de Infração com cópias dos instrumentos contratuais que tenham sido firmados entre a Impugnante e as transportadoras, com o exame de tais contratos, sob pena de o lançamento padecer de vício de nulidade ao se fundar em mera presunção.

Pontua que a segunda presunção fiscal seria de que não houve efetivamente o pagamento do ICMS incidente sobre o frete pela transportadora (contribuinte do ICMS), ou, ainda, pela própria Impugnante.

Argumenta que ao longo do procedimento de fiscalização os autuantes não efetuaram a notificação das empresas transportadoras para verificar se houve ou não o recolhimento do ICMS sobre o frete, optando pela via de exigir pura e simplesmente tais valores da ora Impugnante, partindo suas conclusões dos dados constantes da base da SEFAZ/BA relativo aos Conhecimentos de Transporte Emitidos.

Entende que o procedimento fiscal, dessa forma, incorre em flagrante lesão aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Menciona decisão do STJ, bem como traz a colação ensinamentos de Alberto Xavier e Paulo de Barros Carvalho, visando amparar seu entendimento.

Assinala que a fiscalização afronta o artigo 142, do CTN; o princípio constitucional da vedação ao confisco (artigo 150, V, da CF/88); o princípio da estrita legalidade tributária; a proteção à capacidade contributiva, constitucionalmente assegurada (artigo 145, § 1º 2, da CF/88); bem como o equilíbrio entre o Fisco e o contribuinte, considerando que a exigência implica em enriquecimento ilícito do Erário.

Consigna, ainda, que a autoridade autuante não buscou considerar na apuração da base de cálculo do ICMS-ST, supostamente devido, a eventual outorga pelo Estado da Bahia de crédito presumido, a diminuir o valor do imposto apurado. Nesse sentido transcreve o art. 270, III, “b”, do RICMS/BA, e afirma que o lançamento é manifestamente nulo.

Em preliminar de mérito, suscita a decadência do direito de constituir o crédito tributário no período de janeiro a setembro de 2015.

Considera que deve ser adotado o disposto no artigo 150, parágrafo 4º do CTN, através do qual é fixado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário relativo a tributo sujeito ao lançamento por homologação (auto lançamento).

Assinala que como foi cientificada do Auto de Infração, em 13/10/2020, o decurso do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, teria atingido os meses janeiro a setembro de 2015.

Enfatiza que como o ICMS é imposto cujo lançamento se dá por homologação, está sujeito à regra prevista no artigo 150, § 4º do CTN.

Faz breve exposição sobre o tema e menciona decisões de Tribunais Superiores, visando consubstanciar seu entendimento.

Ao final, requer preliminarmente a nulidade do Auto de Infração, por ausência de fundamentação legal válida, e no mérito, o cancelamento integral, com arquivamento do processo administrativo instaurado.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 177/183, rebatem a preliminar de nulidade,

trazendo à colação o art. 8º, da Lei nº 7.014/96, e afirmam que a responsabilidade do autuado está bem definida no inciso V, do referido artigo (*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*).

Asseveram que o Artigo 298, Inciso I, do RICMS/2012, vigente à época dos fatos geradores, não deixa a menor dúvida dessa responsabilidade (*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*).

Consideram ser desnecessário comentar sobre as “repetidas prestações”, ressaltando que o demonstrativo às fls. 08 e 09 (recorte do completo do que se encontra na mídia à fl. 10) contempla nada mais do que 1.025 (mil e vinte cinco) laudas relacionando individualmente cada Conhecimento de Transporte.

Quanto à alegação do autuado de que caberia à autoridade autuante instruir a lavratura do Auto de Infração com cópias dos instrumentos contratuais, aduzem que:

- 1 - a lei que instituiu a Substituição Tributária nas contratações de prestações de serviços de transportes de cargas não faz nenhuma alusão a contrato, e citam o inciso V, do artigo 8º, da Lei nº 7.014/96;
- 2 - se houver qualquer tipo de contrato em que se imponha multas por descumprimento de prazos de entrega, preços, seguros, etc., certamente que não estão de posse dos autuantes;
- 3 - por si só, o Conhecimento de Transporte de cargas traveste-se num contrato de prestação de serviço de transporte de cargas.

Objetivando demonstrar essa última afirmação, trazem à colação a definição de Conhecimento de Transporte de Cargas, como também parte do Capítulo XIV do Código Civil, que trata do tema “Transporte”.

Pontuam que é de conhecimento amplo as decisões do CONSEF quanto ao questionamento do Conhecimento de Transporte, e que a intenção de transcrever os dispositivos do Código Civil é meramente instrutória.

Afirmam que a Autuada reteve das transportadoras, inscritas no Estado da Bahia, e relacionadas no demonstrativo que integra o Processo Administrativo Fiscal, o ICMS devido nas operações, e que não efetuou o recolhimento.

Acrescentam que amparadas exatamente nos citados dispositivos legais, as transportadoras não efetuaram o recolhimento, primeiramente pelo fato da lei não lhe atribuírem tal responsabilidade; e segundo, porque o mesmo foi retido pela contratante, no caso a Autuada.

Asseveram que a extensa documentação acostada pelo autuado à sua peça defensiva, fls. 32 a 169, presta-se tão somente para comprovar que a C Nova Comércio Eletrônico S/A é a Via Varejo S/A, que por sua vez opera sob o nome de fantasia CASAS BAHIA.

Assinalam que o autuado não apresenta nenhuma prova do recolhimento do imposto exigido no Auto de Infração, trazendo argumentos desconexos, como Crédito Presumido — Artigo 270, Inciso III, alínea “b”, Decreto nº 13.780/12.

Ratificam que está claro na coluna com o título “Red/BC” o percentual de 20% (vinte por cento), e, na coluna seguinte, “B.Cálculo/S.Tributária”, a base de cálculo do ICMS exigido. Lembram que o valor creditado pelo autuado, conforme registros informados nas três últimas colunas do demonstrativo, foi o ICMS integral.

Em relação à arguição de decadência, aduzem que o lançamento obedeceu ao que prescreve o

Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0. Ressaltam que o autuado não efetuou nenhum recolhimento do ICMS Substituição Tributária retido nas prestações de serviços de transportes de cargas interestaduais, nem declarou, ou seja, reteve, não recolheu e não declarou.

Transcrevem o parecer acima mencionado da PGE, bem como citam decisão da Segunda Turma do STJ no RESP 1651084/RJ, objetivando afastar a decadência suscitada pelo impugnante.

Mencionam que a peça defensiva tem três meros argumentos que não encontram respaldo na Legislação Tributária.

No primeiro, a Autuada tenta eximir-se da responsabilidade que lhe é atribuída por força de lei mesmo a tendo cumprido em parte: reteve o ICMS Substituição Tributária nas prestações de serviços de transportes de cargas interestaduais realizados por transportadoras não inscritas no Estado da Bahia.

No segundo, alega desconconsideração do Crédito Presumido de 20% (vinte por cento), previsto no Artigo 270, Inciso III, alínea “b”, do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, mas que foi observado pelos autuantes na apuração do débito.

No terceiro, suscita a decadência, porém indo de encontro ao Incidente de Uniformização da PGE 2016.194710-0.

Por fim, dizendo que o autuado não apresenta nenhuma prova do recolhimento do imposto exigido, requerem a procedência da ação fiscal.

Presente na sessão virtual de julgamento o ilustre patrono do autuado o advogado Dr. Vanderlei de Souza Júnior OAB/SP Nº. 329.012.

## **VOTO**

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.

Saliento 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 RPPAF, 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.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **279757.0065/20-6**, lavrado contra **C NOVA COMÉRCIO ELETRÔNICO S. A.**

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, 19 de abril de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR