

A. I. Nº - 279757.0035/20-0
AUTUADO - PHILIP MORRIS BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 22/07/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0093-01/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS. O autuado deixou de acrescentar o percentual de 2% referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, previsto no art. 16-A, da Lei nº 7.014/96. Infração reconhecida. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) SAÍDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. RETEVE E RECOLHEU A MENOS O IMPOSTO. Igualmente à infração anterior, o autuado deixou de acrescentar o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Infração acatada; b) 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. Infração nula, recomendando a repetição dos atos, a salvo de falhas, visando cobrar o crédito tributário remanescente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/08/2020, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$132.540,45, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$99.747,22, mais multa de 60%, nos meses de agosto a dezembro de 2015.

“Referente à aplicação da alíquota prevista na Lei nr. 7.014/96, Art. 16, II, “a”, sem a adição dos 2 (dois) pontos percentuais previstos no Art. 16-A, da mesma lei, vinculados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza [...]”

Enquadramento Legal: artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 07.02.02: Reteve e recolheu a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$28.285,20, mais multa de 60%, nos meses de agosto a dezembro de

2015.

“Referente à aplicação da alíquota prevista na Lei nº 7.014/96, Art. 16, II, “a”, sem a adição dos 2 (dois) pontos percentuais previstos no Art. 16-A, da mesma lei, vinculados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza [...]”

Enquadramento Legal: art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa previsto no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 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, no valor de R\$4.508,03, mais multa de 100%, nos meses de janeiro a dezembro de 2015.

“Referente às sucessivas prestações de serviços de transporte interestadual de cargas realizados por Intacta Soluções em Transportes Ltda, sem recolhimento pela transportadora [...]”

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 previsto no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 10/08/20 (DTE à fl. 21) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 09/10/20, peça processual que se encontra anexada às fls. 26 a 41.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicialmente destaca sua tempestividade e informa que efetuará o pagamento dos valores exigidos nas infrações 01 e 02.

Em seguida se defende da infração 03, dizendo que o lançamento da autuação fiscal decorreu do entendimento do autuante de que a Impugnante seria obrigada a reter e recolher o ICMS incidente nas prestações realizadas pela empresa Intacta Soluções em Transportes Ltda.

Cita e transcreve o enquadramento legal informado na infração e afirma que a transportadora mencionada é regularmente inscrita nesse Estado, conforme demonstram os Conhecimentos de Transporte Eletrônicos — CTEs, objetos da autuação.

Dessa forma, aduz que não ocorre o enquadramento das prestações no inciso I do art. 298, do RICMS/BA.

Assinala que tampouco ocorre o enquadramento das prestações de serviço de transporte no inciso II do citado artigo, uma vez que essas não são vinculadas a contrato, conforme redação vigente até 31/12/2019.

Esclarece que a Impugnante e a transportadora Intacta não possuem contrato que vincule as prestações de serviço de transporte autuadas, realizadas entre janeiro e dezembro de 2015.

Requer a improcedência da infração, asseverando que a mesma sequer menciona o requisito expresso na norma que fundamentou a atribuição da responsabilidade tributária à Impugnante, qual seja: de que as prestações de serviço sejam vinculadas a contrato.

Acrescenta que uma vez aplicável o regime da substituição tributária (quando há contrato, ratifica), o § 4º do art. 298 contemplava a possibilidade de a transportadora ser dispensada da emissão de documento fiscal a cada prestação, mediante a formalização de requerimento específico que fosse instruído com a cópia do contrato de prestação de serviços.

Reafirma que não havendo contrato, como é o caso, não há amparo legal para a atribuição da sujeição passiva à Impugnante, conforme dispunha o art. 298 do RCMS/BA, vigente à época dos fatos geradores.

Pontua que a emissão dos documentos fiscais que acobertaram as prestações não obedeceu às regras inerentes ao regime de substituição tributária previsto no §5º, artigo 298 do RICMS/BA, o que também foi desconsiderado pelo autuante.

Enfatiza que as mesmas foram acobertadas, uma a uma, pelos Conhecimentos de Transporte Eletrônicos anexos, que demonstram: (i) a definição e aplicação do regime de tributação pela

transportadora Intacta, conforme as características de cada prestação; (ii) o destaque do ICMS incidente nas prestações de serviço, vinculado à informação, no campo “SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA”, de que a operação se sujeitou à “Tributação normal do ICMS”; e (iii) a ausência de menção ao regime de substituição tributária previsto no art. 298 do RICMS, por ser inaplicável.

Aduz que não poderia haver a retenção do ICMS pela Impugnante, pois esta não é responsável pelo recolhimento do imposto incidente nas prestações autuadas, e que o ICMS foi lançado pela transportadora Intacta, cabendo a essa o seu recolhimento.

Em seguida faz longa exposição sobre seu entendimento de que a multa, aplicada na infração, é inaplicável por ter caráter confiscatório.

Ademais, acrescenta que não ocorreu o fato tipificado no artigo 42, V, da Lei nº 7.014/96, uma vez que não houve a retenção do valor do imposto pela Impugnante, diante da manifesta inaplicabilidade do regime de substituição tributária prevista no art. 298, do RICMS

Para embasar seu entendimento sobre a desproporcionalidade e excesso da multa aplicada, argumenta que não houve dolo, fraude ou simulação e traz à colação ensinamentos dos doutrinadores Paulo Bonavides, Ives Gandra da Silva Martins, Sacha Calmon Navarro Coelho e Américo Masset Lacombe, além de decisões do STJ e STF.

Ao final, requer o cancelamento da infração 03, e subsidiariamente, a redução da multa de 100% do valor do tributo aplicada, caso esta venha a ser mantida.

Os autuantes produziram informação fiscal, às fls. 116 a 118, inicialmente destacando que não houve questionamento quanto aos valores levantados e demonstrados às fls. 13 e 14.

Aduzem que conforme comprovado, são sucessivas prestações de serviços de transportes de cargas contratados no período de janeiro a dezembro de 2015, não recolhido pela transportadora contratada.

Acrescentam que a transportadora INTACTA SOLUCÕES EM TRANSPORTES LTDA alegou que os valores do imposto foram abatidos do total da fatura emitida contra o autuado.

Assinalam que o autuado não apresentou prova do pagamento integral, com o desconto do valor do imposto do valor quitado da prestação do serviço no curso da ação fiscal nem na sua peça defensiva.

Quanto à alegação de que não estava obrigada à época à retenção do ICMS devido nas operações em virtude da falta de contrato, transcrevem o disposto no art. 8º, V, da Lei nº 7.014/96, e afirmam que o mesmo não restringe a responsabilidade à vinculação a contrato.

Acrescentam que esse tema já é pacificado nas decisões das JJF e CFJ quanto à ausência de “contrato” uma vez que o próprio CT – Conhecimento de Transporte, por si só, já se traduz num “contrato” de prestação de serviço de transporte de cargas.

Chamam atenção para o fato de que as quitações das infrações 01 e 02, acostadas às fls. 67 a 86, não obedeceram ao procedimento correto, uma vez que não foi recolhido o valor da multa, com a devida redução, além de que o CÓDIGO DA RECEITA correto seria 1755.

Dessa forma, opinam no sentido de que seja homologado o valor recolhido e faça menção de tal fato na decisão, determinando que a GEARC proceda a devida retificação.

Por fim, requerem a procedência da Infração 03, considerando que os argumentos apresentados pelo autuado não elidem a acusação fiscal.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário, para exigir o ICMS relativo ao cometimento de três infrações, já descritas no relatório acima.

No que diz respeito às infrações 01 e 02, houve o reconhecimento pelo sujeito passivo do

cometimento, inclusive tendo sido objeto de recolhimento, não havendo lide a respeito.

Todavia, vale ressaltar, que as referidas quitações acostadas às fls. 67 a 86, contemplaram apenas o valor do imposto, constando código de receita incorreto, não tendo sido recolhido os valores das multas.

Infrações procedentes, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

No que tange à infração 03, a mesma acusa o autuado de ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais,

Todavia, da análise dos elementos constitutivos do processo, verifico que não há nenhuma comprovação de que o imposto tenha sido retido por parte do autuado.

Os Conhecimentos de Transporte, às fls. 93 a 113 (frente e verso), demonstram que o transportador, empresa Intacta Soluções em Transporte Ltda efetuou o destaque do imposto.

É fato, que os referidos documentos já se traduzem em um “contrato” de prestação de serviço de transporte de cargas, e que o autuado é o responsável exclusivo pelo recolhimento do imposto, conforme disposto no art. 298, II do RICMS/2012, entretanto, a argumentação dos autuantes de que a transportadora alegou que os valores do imposto foram abatidos do total da fatura emitida contra o autuado, não caracteriza a acusação de que o mesmo teria efetuado a retenção do imposto.

Não restou evidenciada, a retenção do imposto exigido pelo sujeito passivo. Efetivamente, ocorreu a falta de retenção e recolhimento do imposto devido, sendo que a autuação não foi baseada em notas fiscais emitidas pelo autuado, mas através dos conhecimentos de transporte emitidos pelos contribuintes substituídos.

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.

Destarte, é nulo o procedimento que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, conforme disposição do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Infração nula, recomendando a repetição dos atos, a salvo de falhas, visando cobrar o crédito tributário remanescente (art. 21 do RPAF/BA).

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com manutenção apenas das exigências contidas nas infrações 01 e 02, devendo ser homologado os valores comprovadamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279757.0035/20-0**, lavrado contra **PHILIP MORRIS BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$128.032,42**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores comprovadamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR