

A. I. Nº - 232877.0017/20-7
AUTUADO - VOI TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JORGE SEIXAS LIMA
ORIGEM - INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/09/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0146-04/21-VD

EMENTA: ICMS. SERVIÇO DE TRANSPORTE. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Considerações elidem em parte a autuação. Comprovado que diversas mercadorias incluídas no levantamento fiscal, tiveram o crédito de ICMS estornado no próprio LRE do Contribuinte Autuado. Tratam-se de operações de serviços de transportes não abarcadas pelo o art. 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, seja com a redação atual dada pelo Decreto nº 19.781, de 24/06/2020, efeitos a partir de 27/06/2020, seja com a redação anterior dada pelo Decretos nº 19.384, de 20/12/2019, efeitos de 01/01/2020 até 26/06/2020, ou seja com a redação dada pelo Decreto de redação originária do citado artigo, efeitos até 31/12/19. Dado que os tomadores dos serviços de transportes não eram inscritos neste Estado na condição de normal; e em relação aos tomadores de serviços que se encontravam inscritos na condição de normal, as operações não se caracterizaram como serviço continuado e por contrato, exceto em relação às operações de transporte de cargas com o contribuinte de CNPJ 03.990.321/0001-79, de razão social PENHA PAPEIS E EMBALAGENS LTDA, estabelecida no município de Santo Amaro, cujos valores do imposto (ICMS) cobrados foram retirados da autuação, por ilegitimidade passiva, caracterizados como nulos, nos termos do art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com recomendação da renovação do procedimento fiscal nos termos do art. 21 do mesmo diploma legal, a salvo da falha apontada, devendo ser observado o prazo decadencial. Infração subsistente parcialmente. Afastadas as demais arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/09/2020, constitui crédito tributário no valor de R\$1.051.690,02, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 08, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 02.07.03: Deixou de recolher ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transportes tributada como não tributada, regularmente escrituradas, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 08. Lançado ICMS no valor de R\$1.051.690,02, com enquadramento no artigo 1º, inc. II, art. 2º inc. VI; e art. 32, da Lei nº 7.014/96, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 16/29 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a

seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob nº 20.008.928/0001-20 e Inscrição Estadual nesse Estado sob nº 116.081.436, sediada na Rua do Sinimbu, nº 94, Sala 03, CEP: 44.200-000, Telefone (75) 3241-5397, Santo Amaro/BA, por seus advogados, apresenta sua defesa ao Auto de Infração, em epigrafe, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I. DOS FATOS

Registra que, segundo constata a cientificação de início da Ação Fiscal, fora comunicado o início aos procedimentos de Auditoria Fiscal, compreendendo o período de 01/01/2017 a 31/07/2020, em cumprimento à Ordem de Serviço (OS) de nº 504299/20.

Salienta que consta no sistema a data da ciência do início dos procedimentos de Auditoria Fiscal em 15/09/2020. Finalmente, em 22/09/2020 fora lavrado o Auto de Infração de nº 2328770017/20-7, consubstanciando supostas infrações cometidas por parte do Contribuinte.

Ocorre que, de toda a documentação acostada ao procedimento, faltou consolidarem-se os requisitos delineados no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) [Decreto nº 7.629/99], prejudicando o correto direito à ampla defesa por inobservância dos dispositivos legais que garantem a identificação precisa da infração cometida por parte do suposto infrator.

Não somente isto, diz que se deixou de aplicar dispositivo legal expresso no Regulamento do ICMS do Estado Bahia (RICMS/BA) [Decreto nº 13.780/2012], que afasta a responsabilidade do Contribuinte *in casu*.

II. DO DIREITO

Diz que o princípio da verdade material é basilar do processo administrativo fiscal, visando sempre alcançar o julgamento fiel à realidade dos fatos, não se limitando aos aspectos processuais formais.

Diz que o Processo Administrativo Fiscal é balizado, indubitavelmente, por todo arcabouço legislativo brasileiro relacionado à matéria, ressaltando-se a Constituição da República Federativa do Brasil e o Código Tributário Nacional.

Neste ínterim aponta para as palavras firmadas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (Grifos nossos)

Diz que a ampla defesa somente poderá ser caracterizada quando os meios e recursos a ela inerentes sejam, efetivamente, observados. Sem a presença de tais meios e recursos, não há que se falar em ampla defesa.

Após citar entendimento de Ruy Barbosa Marinho Ferreira, diz, portanto que, a “*atividade administrativa plenamente vinculada*” não abre margens para atuações discricionárias, ou seja, não há permissão legal para avaliação da conveniência e oportunidade.

Neste passo, diz observar contradição entre o período da Auditoria Fiscal autorizado por parte da Ordem de Serviço (OS) nº 504299/20 e o período fiscalizado constante no Auto de Infração nº 2328770017/20-7, sendo este último mais abrangente.

Neste ritmo diz que a defesa torna-se temerária e absortamente afetada.

Noutro ponto, consigna destacar a irregularidade constante no Termo de Cientificação de Início de Ação Fiscal, pois não está presente requisito expresso descrito no Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), precisamente em seu artigo 127, § 1º, inciso II:

Art. 127. Considera-se iniciado o procedimento fiscal

(...)

§ 1º A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, conforme o caso:

(...)

II - termo de início de fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja lavrado diretamente em livro próprio. (Grifos nossos)

Diz que não há qualquer assinatura por parte do Contribuinte, quer seja no Instrumento de Cientificação ou em recibo próprio, apenas uma suposta Data de Ciência que, no campo ao lado, sequer apresenta uma Data de Leitura.

Pontua que reforça este mesmo entendimento o que está escrito no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), em seu artigo 28, inciso I:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

II- termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte. (Grifos nossos)

Registra que não há qualquer assinatura por partes do Contribuinte, quer seja no Instrumento de Certificação, ou em recibo próprio, apenas uma suposta “Data de Ciência” que, no campo ao lado, sequer apresenta uma “Data de Leitura”.

Diz que, visando demonstrar, mais uma vez, a obrigatoriedade de atendimento à ampla defesa, sem a qual não há que se falar em contraditório, descreve o artigo 20, caput, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA):

Art. 20 Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios o da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (Grifos nossos)

Neste contexto diz que o RPAF/BA, precisamente em seu artigo 18, inciso IV, alínea “a”, assim determina:

Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Logo, diz desvelar nulo o Lançamento/Auto de Infração, por obséquio, efetivado no presente caso, tendo em vista a impossibilidade de determinar-se, com segurança, a infração supostamente cometida por parte do Contribuinte.

Em harmonia destaca o artigo 20, também do RPAF/BA:

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Traz à apreciação desta Junta de Julgadores, um recente Julgado paradigma, similar ao caso em apreciação, que anulou o Auto de Infração, por Decisão Unânime. Trata-se do ACÓRDÃO JJF Nº 0141-04/20-VD, que destaca sua ementa.

III. DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Enfrentadas as questões anteriores diz restar necessário observar as nuances da responsabilidade tributária. Traz à tona o artigo 298, inc. III, do RICMS/BA

Art. 298. São sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste estado na condição de normal, e desde que realizadas por:

III - empresa transportadora inscrita neste estado, exceto se optante pelo Simples Nacional.

Assim, diz estar estampado nas palavras insertas no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia

que nas prestações efetivadas por parte do Contribuinte, trazidas no bojo do Auto de Infração nº 2328770017/20-7, em tela, deve-se aplicar o instituto da substituição tributária, sendo o tomador do serviço Substituto Tributário.

Logo, diz que o Sujeito Passivo da relação jurídico-tributária não é a “*VOI Transportes Ltda.*”, empresa autuada, estando inscrita no Estado da Bahia; mas o tomador do serviço, contratante e contribuinte também inscrito no Estado da Bahia, em substituição tributária por retenção.

Após traçar várias outras considerações embasadas por entendimentos de estudiosos do Direito, bem assim dispositivos do CTN, diz, por conseguinte, que não deve a VOI Transportes Ltda., empresa autuada, integrar a relação jurídico-tributária delineada nos termos do AI nº 2328770017/20-7, tornando-o passível de nulidade, com fundamento no artigo 18, inciso IV, alínea “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), que transcreve:

Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

(...)

b) em que se configure ilegitimidade passiva.

IV. DO PEDIDO

Com base nos apontamentos fáticos e jurídicos anteriormente expendidos, requer seja declarado nulo, de pleno direito, o Auto de Infração nº 2328770017/20-7, por inobservância aos requisitos mínimos expressados na legislação pátria, especialmente a Carta Constitucional, o Código Tributário Nacional, o Código Tributário do Estado da Bahia, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia e o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fl. 45/46, que a seguir passo a descrever:

Diz que, tendo o Contribuinte Autuado apresentando petição de defesa à “*improcedência total do Auto de Infração*”, em tela, faz as seguintes considerações:

Após descrever os termos da Infração 01 imputada, diz que, o Contribuinte Autuado, em sua peça de defesa não entrou no mérito da discussão dos fatos da infração. Diz, também, que o contribuinte argumentou que não sabia do que tratava a infração, e que não lhe foi dado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Como informação fiscal, apenas, descreve o que dispõe o art. 247 do RICMS/BA e o Ajuste SINIEF 02/09, para destacar em seguida que, pelas citas legislações, a autoridade Fiscal não está obrigada a mandar que o contribuinte faça a retificação da EFD. No caso, diz que o Contribuinte apresentou a EFD com os lançamentos das operações interestaduais. Acrescenta que o Contribuinte não apresentou até o início da fiscalização nenhum pedido de retificação da EFD.

Registra que as operações de Prestação de Serviço de Transportes Interestadual estão devidamente escrituradas, encontrando-se no Registro de Saídas e transportados os valores para o Registro de Apuração da sua própria EFD original.

Pontua que, na intimação do início dos procedimentos de auditoria, consta que a fiscalização será feita com base nos dados do contribuinte, de seus fornecedores e de seus clientes constantes nos Sistemas da SEFAZ e na própria escrituração Fiscal Digital emitida pelo próprio contribuinte que é um dos dados nos Sistemas da SEFAZ.

Consigna que o Contribuinte Autuado, na sua peça de defesa, não entra na discussão do mérito da infração, apenas argumenta que não lhe foi dado o direito ao contraditório e à ampla defesa, o que diz ser um equívoco, pois teve o prazo de “*uns 5 ou 6 meses*” para a apresentação da defesa devido à pandemia do Corona Vírus.

Diz que os fatos estão descritos com clareza e com base em documentos fiscais acostados ao processo e, no entanto, o contribuinte sequer entra na discussão do mérito e da veracidade dos

mesmos, pois os documentos constam da sua própria EFD ou de dados obtidos através de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) e dos Conhecimento Eletrônico de Transportes nos dados da SEFAZ.

Diante dos motivos acima expostos, pede a manutenção total da Autuação.

À fl. 47-v, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Preliminarmente, diz o Contribuinte Autuado, que em toda a documentação acostada ao procedimento, faltou consolidarem-se os requisitos delineados no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, que ao seu entender, prejudica o correto direito à ampla defesa, por inobservância dos dispositivos legais que garantem a identificação precisa da infração cometida por parte do suposto infrator.

Não somente isto, diz que o agente Fiscal Autuante, deixou de aplicar dispositivo legal expresso no Regulamento do ICMS do Estado Bahia (RICMS/BA), publicado pelo Dec. Nº 13.780/2012, que também, ao seu entender, afasta a responsabilidade do Contribuinte *in casu*. Aliás, sobre este item preliminar de nulidade, ao meu sentir, trata-se de arguição de mérito, sobre a qual me posicionarei no momento oportuno.

Sobre o primeiro item da preliminar de nulidade, que diz respeito à falta da identificação precisa da infração cometida, não é o que vejo da autuação. Diferentemente do arguido pela defesa, constato que o presente processo está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo, apurados consoante o demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 08 dos autos, com a indicação clara dos Conhecimento de Transportes Eletrônico (CT-e), que dão azo à autuação, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na identificação precisa da infração cometida, não ensejando qualquer outra produção de prova, na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do mesmo diploma legal.

Também se observa de preliminar de nulidade, a arguição do defendente de que há uma contradição entre o período da auditoria fiscal autorizado por parte da Ordem de Serviço (OS) nº 504299/20, e o período fiscalizado constante no Auto de Infração nº 2328770017/20-7, sendo este último mais abrangente.

Têm-se do termo de cientificação de início da ação fiscal em comento, o destaque de que o procedimento abarcaria o período de 01/01/2017 a 31/07/2020, porém, os dados de lavratura do Auto de Infração, constante da fl. 01 dos autos, traz o indicativo da O.S nº 504299/20, com período fiscalizado de 01/01/2017 a 31/08/2020, o que, ao entender do Contribuinte Autuado, sua defesa torna-se temerária e absorvamente afetada.

Não interpreto que tal incongruência possa ter afetado a defesa. Talvez restaria razão ao defendente, caso houvesse sido constituído lançamento fiscal acima do período indicado no termo de Cientificação de Início da Ação Fiscal à fl. 6 dos autos. Como se pode observar de todas as ocorrências das infrações imputadas, a data de ocorrência do último lançamento corresponde a 31/07/2020, que é a data limite da ação fiscal constante do citado termo de cientificação da ação fiscal, objeto em análise, não obstante o indicativo final da ação fiscal, constante da O.S nº 504299/20, seja de 31/08/2020.

Noutro giro, diz o Contribuinte Autuado, que há irregularidade no termo de início da ação fiscal, onde, ao seu entender, inquina de nulidade o Auto de Infração, pois não está presente requisito expresso descrito no CTN (Lei nº 3.956/81), precisamente em seu artigo 127, § 1º, inc. II, recepcionado pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), em seu artigo 28, inc. I, que deveria ser colhida a sua assinatura no termo de cientificação, onde registra que não há qualquer assinatura, quer seja no instrumento de cientificação, ou em recibo próprio, apenas uma suposta “Data de Ciência” no citado instrumento.

Também não vejo como proceder tal preliminar de nulidade. O que se observa dos autos, é que do Termo de Cientificação de Início de Ação Fiscal, arguido pelo defendente, fora efetuado por meio do Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, instituído pela Lei nº 13.199, de 28/11/2014, que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia, com a inserção do Art. 127–D, conforme abaixo:

*Art. 127-D. **Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda** e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que: (Grifo acrescido)*

***I - a Secretaria da Fazenda utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:** (Grifo acrescido)*

a) cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;

b) encaminhar notificações e intimações; (Grifo acrescido)

c) expedir avisos em geral;

(...)

*Parágrafo único. **A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte:** (Grifo acrescido)*

***I - considerar-se-á realizada no dia em que o sujeito passivo acessá-la;** (Grifo acrescido)*

II - nos casos em que o acesso se dê em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte;

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo;

Neste contexto, através do DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, a Sefaz estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes, para dentre outras finalidades, encaminhar avisos, comunicações, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, como assim procedeu assertivamente o agente Fiscal Autuante, *in casu*, ao expedir Termo de Cientificação de Início de Ação Fiscal (artigo 28, inc. I do RPAF/BA), cuja ciência, do defendente, se deu em 15/09/2020, portanto 06 (seis) dias após sua data de postagem que ocorrera dia 09/09/2020, onde a comunicação, diferentemente do arguido na peça de defesa, já houvera sido considerada pessoal para todos os efeitos legais, de forma tácita, no dia anterior, ou seja, dia 14/09/2021, com os seus efeitos legais no dia útil seguinte, mesma data que houvera tomado ciência do início dos procedimentos de auditoria fiscal.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos, em perfeita sintonia com o artigo 142 do CTN, agora por DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, nos termos da inserção do Art. 127–D no COTEB, pela Lei nº 13.199, de 28/11/2014, afasto também esta arguição de nulidade do Auto de Infração em epígrafe, e passo a enfrentar o seu mérito.

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado em 22/09/2020, resultante de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ RECONCAVO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 504299/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), por ter deixado de recolher ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transportes tributada como não tributada, regularmente escrituradas, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 08.

Lançado ICMS no valor de R\$1.051.690,02, com enquadramento no artigo 1º, inc. II, art. 2º inc. VI; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, mais multa aplicada de 60%, na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Como destacado anteriormente, o Contribuinte Autuado diz que a Fiscalização deixou de aplicar dispositivo legal expresso no Regulamento do ICMS do Estado Bahia (RICMS/BA), publicado pelo Dec. nº 13.780/2012, que ao seu entender, afasta a sua responsabilidade, *in casu*, apondo como substituto tributário da exigência tributária ora em lide, o tomador do serviço de transporte, objeto da autuação, nos termos do inc. III, do art. 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012, com redação atual dada pelo Decreto nº 19.781, de 24/06/2020, DOE de 27/06/2020,

efeitos a partir de 27/06/2020, conforme abaixo reproduzido:

Art. 298. São sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste estado na condição de normal, e desde que realizadas por:

(...)

III - empresa transportadora inscrita neste estado, exceto se optante pelo Simples Nacional. (Grifos acrescidos)

Observa-se também, que a redação anterior dada ao caput do art. 298, pelo Decreto nº 19.384, de 20/12/19, DOE de 21/12/19, efeitos de 01/01/20 até 26/06/2020, era a seguinte:

“Art. 298. São sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte, contratado pelo remetente da mercadoria, inscrito neste estado na condição de normal, e desde que:

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;”

Por sua vez, a redação originária dada ao art. 298, efeitos até 31/12/19, era também a 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.

§ 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;”

Cabe então aqui destacar, que dado o período abarcado pela ação fiscal em lide, que diz respeito ao período de 01/01/2017 a 31/07/2020, a autuação alcança as disposições do art. 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012, seja com a redação atual dada pelo Decreto nº 19.781, de 24/06/2020, efeitos a partir de 27/06/2020, seja com a redação dos 2 (dois) outros Decretos, ou seja, o de nº 19.384, de 20/12/19, efeitos de 01/01/20 até 26/06/2020, e o Decreto de redação originária dada ao art. 298, efeitos até 31/12/19, como acima destacado.

Portanto, **antes de adentrar na análise da lide**, em relação a imputação da infração, que diz respeito à falta de recolhimento do imposto (ICMS), em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributadas nos termos da inicial, **dado à substituição tributária arguida**, pelo sujeito passivo, **depender de condições na forma disposta no art. 298**, acima destacado, ou seja, no caso da redação atual, que o tomador do serviço seja contribuinte inscrito neste Estado na condição de normal e em relação às redações anteriores, a exigência complementar das operações serem repetidas e vinculadas a contrato; **veja** então, a necessidade de se verificar a situação tributária de cada um dos tomadores do serviços de transporte no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia.

É o que se apresenta no quadro a seguir destacado, a partir de informações extraídas do Sistema INC da SEFAZ, com acesso em 20/07/21:

CNPJ	I.E.	RAZÃO SOCIAL	LOCAL ESTABELECIMENTO
03.990.321/0001-79	053.716.206	PENHA PAPEIS E EMBALAGENS	S. AMARO/BA
02.234.227/0001-27	S/INSC	POLIGRAFICA	APARECIDA DE GOIANIA/GO
06.043.069/0001-89	063.743.424	PENHA EMBALAGENS BAHIA	F. DE SANTANA/BA
08.146.077/0001-86	069.388.540	DEPOSITO DE AMPARAS	S. FILHO/BA
15.837.171/0001-47	102.426.348	FEISAN	F. DE SANTANA/BA
32.930.093/0001-40	156.079.840	COM COMÉSTICO HEAVEN	L.FREITAS/BA
49.912.199/0001-13	INSC. ST	FAB. PAPEL N. S. DA PENHA	SÃO PAULO/SP
49.912.199/0004-66	S/INSC	FAB. PAPEL N.S. DA PENHA	PARANA/PR
67.734.053/0002-98	133.981.357	B.R.A INDUSTRIAL EIRELI	S. FILHO/BA

Pois bem! Sobre as datas de ocorrência de 30/06/2020 e 31/07/2020, que estariam abarcadas pelo o art. 298 do RICMS/BA, com a redação atual dada pelo Decreto nº 19.781, de 24/06/2020, efeitos a partir de 27/06/2020, compulsando detidamente o levantamento fiscal constante do CD/Mídia de fl. 08 dos autos, mais especificamente o arquivo Excel “*Relação de CteEfd_EmitidosDebMenor.xls*”, vejo que se trata de operações de serviço de transportes tomados eminente pelo contribuinte de CNPJ 49.912.199/0001-13, cuja a razão social é “*FABRICA DE PAPEL NOSSA SENHORA DA PENHA S/A*”, estabelecida no Estado de São Paulo.

Neste sentido, não há que se falar em que tais operações estariam sujeita à substituição tributária por retenção do imposto (ICMS), incidente sobre as operações de serviço de transporte de carga contratadas do Contribuinte Autuado, a “*VOI TRANSPORTES LTDA*”, pela a empresa “*FABRICA DE PAPEL NOSSA SENHORA DA PENHA S/A*”, vez que não se trata de contribuinte inscrito neste Estado na condição de normal, nos termos do art. 298 do RICMS/BA, com a redação atual dada pelo Decreto nº 19.781, de 24/06/2020, efeitos a partir de 27/06/2020.

Mantida, portanto, a atuação em relação as datas de ocorrência de 30/06/2020 e 31/07/2020.

Por sua vez, as demais datas de ocorrência da autuação, relativas ao período de 01/01/2017 até 31/05/2020, serão analisadas de forma conjunta, nos termos da disposição do art. 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012, seja com a redação dada pelo Decretos nº 19.384, de 20/12/19, efeitos de 01/01/20 até 26/06/2020, ou seja com a redação dada pelo Decreto de redação originária dada ao art. 298, efeitos até 31/12/19, como acima destacado, pois as condições impostas para estarem as operações abarcadas pelo instituto da substituição tributária são as mesma, ou seja, que o tomador do serviço seja contribuinte inscrito neste Estado na condição de normal, mais a exigência complementar das operações serem repetidas, mais especificamente sucessiva, e vinculadas a contrato.

Pois bem! As operações de serviços de transporte de cargas tomados pelas empresas com o CNPJ 02.234.227/0001-27 (POLIGRAFICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.) e o CNPJ 49.912.199/0004-66 (FABRICA DE PAPEL E PAPELAO NOSSA SENHORA DA PENHA S/A.), estabelecidas no Estado de Goiás e Paraná, respectivamente, não HÁ que se arguir que tais operações estariam sujeitas à substituição tributária por retenção do imposto (ICMS), incidente sobre as operações de serviço de transporte de carga contratado, **vez que não se tratam de operações tomadas por contribuintes estabelecidos no Estado da Bahia, inscritos, na condição de normal, junto ao Cadastro de Contribuintes da SEFAZ.**

Mantida, portanto, a atuação em relação a todas as operações ocorridas no período de 01/01/2017 até 31/05/2020, em relação aos CNPJ de nºs 02.234.227/0001-27 e 49.912.199/0004-66.

Quanto aos serviços de transporte de cargas tomado pelas empresas, relativo aos demais CNPJ constantes do demonstrativo de débito da autuação, exceto o de nº 03.990.321/0001-79 (PENHA PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA.), ou seja, mais especificamente os CNPJ de nºs 06.043.069/0001-89 (PENHA EMBALAGENS BAHIA LTDA.), 08.146.077/0001-86 (DEPOSITO DE APARAS NOSSA SENHORA DA PENHA LTDA.), 15.837.171/0001-47 (FEISAN DISTRIBUIDORA DE PAPEL LTDA.), 32.930.093/0001-40 (COMERCIO DE COSMETICOS HEAVEN EIRELI) e 67.734.053/0002-98 (B.R.A. INDUSTRIAL EIRELI), todos se situam no Estado da Bahia, **porém, não envolve repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato**, ensejando, assim, a cobrança do imposto (ICMS) incidente na operação do Contribuinte Autuado e não do tomador dos serviços de transporte de cargas como contribuinte substituo, nos termos arguido na peça de defesa, **vez que em todo o período da autuação as operações transacionadas com os citados CNPJ, não ultrapassaram o número de 2 (duas) ou 3 (três) contratações**, com cada uma dessas empresas, não caracterizando operação sucessiva.

Mantida, portanto, a atuação em relação as datas de ocorrência do período de 01/01/2017 até 31/05/2020, relativa às operações de transportes tomados pelas empresas de CNPJ destacados no parágrafo anterior, por não estarem abarcadas pela obrigatoriedade, e por conseguinte, a responsabilidade da retenção do imposto (ICMS) incidente nas operações, pelo tomador do

serviço.

Por fim, em relação aos serviços de transporte de cargas tomado pela empresa de CNPJ nº 03.990.321/0001-79 (PENHA PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA.), por se tratar de operações sucessivas, ou seja, de que envolveu repetidos serviços de transportes de cargas ao longo do período fiscalizado, mais especificamente no levantamento constam a ocorrência de 358 (trezentos e cinquenta e oito), operações de prestação de serviço, entre o Contribuinte Autuado (VOI TRANSPORTES LTDA.), e a empresa tomadora do serviço de transporte de cargas, a de CNPJ 03.990.321/0001-79 (PENHA PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA.), vejo então restar procedente a arguição do sujeito passivo, de que se trata de operações abarcadas pelo art. 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, ensejando, assim, suas exclusões da autuação, por ilegitimidade passiva da obrigação tributária, **vez que, nessa situação, o sujeito passivo da obrigação por substituição tributária, é o tomador dos serviços de transportes de cargas e não o prestador de serviço**, como assim está posto na autuação.

É claro a disposição do art. 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, seja com a redação dada pelo Decretos nº 19.384, de 20/12/19, efeitos de 01/01/20 até 26/06/2020, ou seja com a redação dada pelo Decreto de redação originária dada ao art. 298, efeitos até 31/12/19, ou seja, são sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte, contratado pelo remetente da mercadoria, inscrito neste Estado na condição de normal, que envolva repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato (inc. II).

Sobre as repetidas prestações de serviços, isto é, serviços continuados de prestação de serviços entre o Contribuinte Autuado (VOI TRANSPORTES LTDA.), e a empresa de CNPJ 03.990.321/0001-79 (PENHA PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA.), ao longo de todo o período fiscalizado, ou seja, de 01/01/2017 a 31/08/2020, não vejo restar dúvida.

Quanto à existência de contrato entre as partes, vejo não existir nos autos formalmente, todavia, como já me posicionei anteriormente em outros julgados de minha relatoria, os contratos não precisam ser necessariamente escritos. Neste caso, a habitualidade das prestações de serviços de transporte continuados, caracteriza a prestação dos serviços sucessivos, ultrapassando a necessidade do contrato formal, como assim argui o sujeito passivo, para sujeitar à exigência esculpida no inc. II, do art. 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, em relação as operações de serviços de transportes com a empresa de CNPJ 03.990.321/0001-79 (PENHA PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA.), estabelecida no município de Santo Amaro (BA).

Isto posto, vejo restar nula a cobrança do imposto (ICMS) incidente sobre as operações de transporte de cargas entre o Contribuinte Autuado (VOI TRANSPORTES LTDA.), e a empresa tomadora do serviço de transporte de cargas, de CNPJ 03.990.321/0001-79 (PENHA PAPER E EMBALAGENS LTDA.), estabelecida no município de Santo Amaro (BA), por ilegitimidade passiva nos termos do art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, recomendando a renovação do procedimento fiscal nos termos do art. 21 do mesmo diploma legal, a salvo da falha apontada, devendo ser observado o prazo decadencial.

Em sendo assim, resta subsistente parcialmente a imputação de nº 1 do Auto de Infração em epígrafe, pela exclusão da cobrança do imposto (ICMS) incidente sobre as operações de transporte de cargas entre o Contribuinte Autuado (VOI TRANSPORTES LTDA.), e a empresa tomadora do serviço de transporte de cargas, a de CNPJ 03.990.321/0001-79 (PENHA PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA.), alterando o débito do valor de R\$1.051.690,02, para o valor de R\$860.739,08, na forma do novo demonstrativo de débito abaixo, apurado a partir do levantamento fiscal constante do CD/Mídia de fl. 08 dos autos, mais especificamente o arquivo Excel “*Relação de CteEfd_EmitidosDebMenor.xls*”:

Data Ocorr	Data Vencdo	Valor Historio - R\$
31/05/2017	09/06/2017	12.573,40
30/06/2017	09/07/2017	23.286,30
31/07/2017	09/08/2017	15.617,85
31/08/2017	09/09/2017	26.572,19

30/09/2017	09/10/2017	38.265,41
31/10/2017	09/11/2017	36.326,44
30/11/2017	09/12/2017	36.422,28
31/12/2017	09/01/2018	14.935,90
31/01/2018	09/02/2018	42.751,64
28/02/2018	09/03/2018	31.666,77
31/03/2018	09/04/2018	21.398,32
30/04/2018	09/05/2018	12.487,78
31/05/2018	09/06/2018	7.538,19
30/06/2018	09/07/2018	15.688,07
31/07/2018	09/08/2018	42.990,44
31/08/2018	09/09/2018	23.099,71
30/09/2018	09/10/2018	9.720,27
31/10/2018	09/11/2018	12.769,65
30/11/2018	09/12/2018	16.093,35
31/12/2018	09/01/2019	13.915,55
31/01/2019	09/02/2019	17.412,05
28/02/2019	09/03/2019	11.643,27
31/03/2019	09/04/2019	11.642,83
30/04/2019	09/05/2019	23.692,24
30/06/2019	09/07/2019	18.514,21
31/07/2019	09/08/2019	18.066,22
31/08/2019	09/09/2019	33.542,61
30/09/2019	09/10/2019	29.482,57
31/10/2019	09/11/2019	19.488,73
30/11/2019	09/12/2019	30.493,59
31/12/2019	09/01/2020	26.747,80
31/01/2020	09/02/2020	34.700,48
31/03/2020	09/04/2020	20.510,21
30/04/2020	09/05/2020	16.926,05
31/05/2020	09/06/2020	14.726,12
30/06/2020	09/07/2020	37.688,18
31/07/2020	09/08/2020	41.333,41
Total Remanescente do item 1 do Auto de Infração		860.730,08

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232877.0017/20-7**, lavrado contra **VOI TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$860.730,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” 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 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA