

A. I. Nº - 232948.0017/20-2  
AUTUADO - TRANSPORTES DELLA VOLPE S.A. COMÉRCIO E INDÚSTRIA  
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO  
ORIGEM - INFAZ ATACADO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/11/2021

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0184-04/21-VD

**EMENTA.** ICMS. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Acusação recaída sobre o prestador do serviço de transporte. Impossibilidade do próprio prestador do serviço efetuar a retenção do imposto sobre o próprio serviço prestado. Alteração do fulcro da autuação não aplicável aos fatos concretos. Nulidade do lançamento tributário, com fulcro no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA. Recomendação de renovação do procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de lançamento tributário ocorrido em 28/09/2020, para reclamar crédito tributário no montante de R\$225.194,33, mais multa de 100%, com previsão no Art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais”*.

Consta, a título de descrição dos fatos: *“Falta de recolhimento do ICMS pela tomadora dos serviços referentes a serviços usados sob a forma de Substituição Tributária com prestação sucessiva”*.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 26 a 35, onde, em preliminar, arguiu vício da intimação e do Auto de Infração.

Neste sentido pontuou que em 21 de setembro de 2020 foi intimada a ***“comprovar os pagamentos dos fretes tomados através de Substituição Tributária, CFOP 6360. As informações deverão estar formatadas numa planilha discriminando os CTE com os respectivos dados (número, tomador, data e valor)”***.

À luz do quanto acima transcrito, indagou que, como é possível, na condição de empresa transportadora contratada para a realização do transporte rodoviário de cargas, comprovar os pagamentos dos fretes tomados? Acrescentando que quem paga o frete (serviço de transporte) é o **tomador do serviço**, no caso a empresa Vale Manganês S.A.

Questionou como poderia recolher ICMS onde não era responsável e nem realizou a retenção, apontando que a tomadora da prestação do serviço de transporte é a empresa Vale Manganês S.A., sediada no município de Simões Filho - BA, inscrição estadual nº 00608880 e CNPJ nº 15.144.306/0001-99.

Ao se reportar ao enquadramento legal da acusação apontou que a multa aplicada no percentual de 100%, prevista pelo Art. 42, inciso V, alínea “a” se refere a *“imposto retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente”*.

Mencionou que não é o sujeito passivo por substituição tributária, citando que em todos os CTE autuados consta a empresa Vale Manganês como tomadora dos serviços, sendo impossível, na condição de prestador do serviço, efetuar a retenção do próprio imposto, afirmando, também, que não cometeu nenhum ilícito fiscal e tampouco qualquer ato contrário a legislação tributária estadual, em especial, o Art. 298 do RICMS/BA, razão pela qual asseverou ser nulo o presente Auto de Infração.

Em conclusão, requereu a desconstituição do crédito tributário, com o julgamento pela Improcedência do Auto de Infração, a realização de diligência para melhor elucidação dos fatos, que sejam considerados “*prescritos*” os lançamentos concernentes aos períodos de janeiro de 2015 a agosto de 2015 e, finalmente, o cancelamento do Auto de Infração com reabertura de nova fiscalização para o período de 01/01/2015 a 31/12/2016.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 79 a 83, onde, em relação a intimação citada pelo autuado, com a solicitação de que o mesmo apresentasse os comprovantes de recolhimento do ICMS retido por substituição tributária nas prestações de serviço de transportes, junto aos tomadores dos serviços, pontuou que a intimação visava, exatamente, a lavratura do presente Auto de Infração, pois, na busca da verdade material, tal medida tinha como motivo evitar a cobrança de imposto já retido e recolhido, pelo tomador do serviço.

Disse assistir razão ao autuado quanto ao enquadramento legal da infração, pois o texto da infração não se aplica aos fatos uma vez que o responsável pela retenção e substituição é o tomador do serviço.

Destacou que a acusação imposta, cujos demonstrativos de fls. 7 a 18 não deixam a menor dúvida, refere-se a “*Falta de recolhimento do ICMS normal nas prestações de serviços de transportes de cargas interestaduais tributadas sem destaque e recolhimento do imposto*”, afirmando que este texto está descrito nos referidos demonstrativos, conforme se comprova às fls. 7 e 14, não havendo, portanto, ao seu entender, que se falar em cerceamento ao direito de defesa.

Quanto à questão da capitulação, ponderou que o Art. 18, § 1º é claro a este respeito ao se referir as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação, que não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar.

Ao adentrar ao mérito do lançamento, disse que verificou junto a empresa Vale Manganês o cumprimento do disposto pelo Art. 298, § 2º, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores, tendo constatado que nas notas fiscais de saídas emitidas pela mesma, na condição de contratante do serviço de transporte, não existe a declaração de que o ICMS sobre o serviço de transporte é de sua responsabilidade.

Para referendar seus argumentos, transcreveu a ementa e excertos extraídos dos Acórdãos 0058-01/21-VD e 0015-01/21-VD, ambos da 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, no tocante a responsabilidade pelo recolhimento do tomador do serviço de transporte de cargas, os quais, ao seu entender, corroboram com o seu entendimento quanto a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, posto que, uma vez não constatado o cumprimento, pelo tomador do serviço, quanto ao previsto pelo Art. 298, § 2º, inciso I, alínea “a” do RICMS, o autuado foi intimado para apresentar a comprovação dos recolhimentos, o que não o fez, restando sem comprovação o recolhimento do ICMS exigido através do presente Auto de Infração.

Concluiu requerendo a Procedência do presente Auto de Infração.

## VOTO

A acusação posta no presente Auto de Infração, onde se exige imposto na ordem de R\$225.194,33, mais multa de 100%, com previsão no Art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: “*Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais*”.

Foi acrescentado, a título de descrição dos fatos: “*Falta de recolhimento do ICMS pela tomadora dos serviços referentes a serviços usados sob a forma de Substituição Tributária com prestação*”.

*sucessiva”.*

Vê-se, portanto, com clareza, que o autuado, na condição de prestador do serviço de transporte, foi acusado de **falta de recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição**, enquanto que na descrição dos fatos, já consta outra situação, ou seja, **falta de recolhimento pelo tomador dos serviços de transportes**, situações estas bastante distintas.

Toda a defesa do autuado está pautada na impossibilidade do mesmo, na condição de prestador do serviço de transporte, reter de si próprio o imposto incidente sobre as respectivas operações. E isto é verdadeiro.

Não se trata, portanto, de uma eventual incorreção, omissão ou não observância de exigências meramente formais, consoante sustentou o autuante. O que se tem sob análise, é uma acusação não condizente com os fatos pretendidos, e até mesmo, a rigor, incompatível com a norma tributária aplicável. Logo, não vejo na correção da acusação proposta pelo autuante quando da Informação Fiscal, condição suficiente para alicerçar ou manter a exigência tributária na forma posta.

Não há como se mudar uma acusação buscando se manter um lançamento, através de mudança radical na mesma, até porque, a falta de recolhimento do imposto normal possui uma penalidade na ordem de 60%, enquanto o imposto retido e não recolhido, objeto da acusação, possui uma penalidade na ordem de 100%. São situações totalmente diferentes, portanto.

Vale observar, que as duas decisões trazidas pelo autuante, ambas oriundas da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, cujas autuações recaíram sobre os tomadores dos serviços de transportes, decidiram pela nulidade do lançamento, uma pelo fato de que não restou evidenciada a retenção do imposto, e a outra pelo fato da autuação ter se baseado em documentos fiscais emitidos pelo contribuinte substituído.

De maneira que não vejo como se sustentar a presente autuação, posto que se encontra eivada de vícios insanáveis, pelo que, com fulcro no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA, voto pela nulidade do presente Auto de Infração, recomendando que o procedimento fiscal seja refeito, desta vez, observando o regramento contido pelo Art. 298 do RICMS/BA, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, especialmente o previsto em seu § 2º, tendo em vista que se observa nos CT-e de fls. 58 e seguintes, que não consta a indicação de que houve retenção do ICMS-ST, e tampouco, o tomador dos serviços, segundo informação trazida pelo autuante, declarou, nas notas fiscais de saídas que emitiu, que o ICMS sobre os serviços de transportes era de sua responsabilidade, observando-se ainda, o prazo decadencial.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, jugar **NULO** o Auto de Infração nº **232948.0017/20-2**, lavrado contra **TRANSPORTES DELLA VOLPE S.A. COMÉRCIO E INDÚSTRIA**, devendo ser renovado o procedimento fiscal na forma acima consignada.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento 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, 15 de setembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR