

A. I. Nº - 281105.0008/19-3
AUTUADO - BALLYLOG LOGÍSTICA BAHIA LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0201-04/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE CARGAS. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A exigência tributária recaiu sobre o prestador dos serviços de transportes, na condição de contribuinte substituído, visto que no caso presente, deveria recair, acaso devido, sobre os tomadores dos serviços de transporte, na condição de substitutos tributários, por força de contrato existente para tal fim, em conformidade com o previsto pelo Art. 298, inciso II do RICMS/BA. Declarada a nulidade do lançamento com base no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA. Prejudicada a análise da decadência parcial arguida. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de exigência de crédito tributário no montante de R\$725.073,86, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, decorrente do presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2019, com ciência pelo autuado em 26 de outubro de 2019, relativamente ao período de janeiro/2014 a dezembro/2016, em face da seguinte acusação: *“Deixou de recolher ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributada, regularmente escrituradas”*.

A título de descrição dos fatos consta: *“(…) contribuinte no período de 2014 a 2016, emitiu uma grande quantidade de CTRs, sem lançamento da base de cálculo do imposto para o ICMS ST, nas prestações interestaduais, constando CST 060 – ISENTAS e CST 090 – OUTRAS, ao mesmo tempo em que lançava nos seus livros de saídas apenas as operações internas, isentas de ICMS. Intimado na forma da lei, não se manifestou, deixando de comprovar o recolhimento do ICMS devido nas prestações interestaduais tributáveis, pelo próprio ou por eventual contribuinte substituto. Foi autuado por falta de recolhimento do imposto”*.

O autuado, por intermédio de sua representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 144 a 156, onde, após tecer considerações iniciais e preliminares, pontuou que celebrou em 01 de janeiro de 2012, com a Braskem S/A, contrato de prestação de serviços de transportes rodoviários de cargas, em seu favor e de suas coligadas, contrato este que permanece vigente até a presente data, eis que prorrogado por tempo indeterminado.

Destacou que sendo prestação de serviço de transporte interestadual a legislação tributária deste Estado, através do Art. 298, inciso II do RICMS/BA, entendeu tratar-se de hipótese de substituição tributária, desde que envolvesse repetidas prestações de serviços vinculados a contrato, como é a hipótese ora discutida.

Observou que o RICMS confere ao sujeito passivo por substituição (substituto tributário) as obrigações descritas nos §§ 2º e 3º do citado dispositivo regulamentar, tais como a obrigação de fazer constar no livro Registro de Saídas a informação referente a operação de transporte, indicando na linha destinada a observações que *“o imposto relativo ao frete é de sua responsabilidade”*, bem como indicar o valor total do imposto retido no livro Registro de Apuração do ICMS, fazendo constar no campo observações a expressão *“Substituição Tributária – Serviços de Transportes”*.

Já a transportadora (substituída tributária), por sua vez, assume a obrigação de emitir os Conhecimentos de Transporte Eletrônicos – CTE, para cada operação, vinculando a informação de que se trata de hipótese de substituição tributária, sem o destaque do imposto, mas com a indicação do regime de tributação adotado pelo seu estabelecimento, informando se fez opção pelo uso de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas ou se, ao contrário, optou pela utilização do crédito presumido.

Em seguida passou a arguir a decadência do direito de o Estado constituir crédito tributário relacionado às competências anteriores a 26 de outubro de 2014, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN, eis que foi intimado da lavratura do Auto de Infração em 26 de outubro de 2019.

Citou que muito embora não tenha acesso aos Registros de Saídas e de Apuração do ICMS das substitutas tributárias, por se tratar de documentos de terceiros, alheios ao seu poder de ingerência, certo é que cumpriu com todas as suas obrigações para escrituração do crédito tributário, conforme é possível aferir dos CT-es acostados aos autos, emitidos na data de ocorrência do fato gerador, estando comprovado o pagamento tempestivo do imposto retido através de consulta de pagamento extraída do sítio eletrônico da Sefaz/BA em anexo (Doc. 05).

Concluiu este tópico destacando que, considerando que houve o pagamento do imposto pelas substitutas tributárias nas competências apontadas, certo é que se aplica ao caso a regra contida no art. 150, § 4º do CTN, com início do prazo decadencial a contar da data da ocorrência do fato gerador, razão pela qual pugna que seja declarada a decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente a 26 de outubro de 2014.

No tópico seguinte passou a arguir ilegitimidade passiva da sua parte para figurar no polo passivo da autuação, destacando que o recolhimento do tributo em questão se dá no regime da substituição tributária, permitindo que a Fazenda Pública, por meio de lei, atribua de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, nos termos do art. 128 do CTN.

Mencionou doutrina para respaldar seus argumentos, para asseverar em seguida que inexistente dúvida acerca da responsabilidade da Braskem e suas coligadas quanto ao ICMS, retido da substituída e eventualmente não recolhido, o que afasta, de plano, sua responsabilidade, na condição de substituída, observando, ainda, que sempre cumpriu com suas obrigações na qualidade de substituída, fazendo juntada à fl. 154 de cópia do CT-e nº 001.319, de 03/01/2014, onde consta no campo “*observações*” que a operação de transporte está sujeita a substituição tributária conforme Art. 382 do RICMS/BA e que é optante do crédito presumido.

Desta forma, afirmou que fica rechaçado o fundamento da autuação de que “*o contribuinte no período de 2014 a 2016, emitiu grande quantidade de CT-es sem lançamento da base de cálculo do imposto para o ICMS ST, nas prestações de serviços interestaduais*”, posto que, o lançamento do CTE foi realizado em estrita observância ao quanto determina o RICMS, com indicação no documento do valor do serviço prestado, sem destaque do imposto (Art. 298, § 5º, I, do RICMS/BA).

Acrescentou que se não bastasse isso, conforme é possível aferir da planilha denominada Doc. 07, em confronto com os extratos bancários também acostados à Defesa, (Doc. 08), que em todas as situações sofreu a retenção do imposto devido a título de substituição tributária, não havendo pois, que se falar em aplicação da responsabilidade supletiva no presente caso, razão pela qual, deveria o autuante ter autuado as empresas substitutas e, somente após o esgotamento dos meios de cobrança previstos na legislação é que se poderia exigir o imposto do ora impugnante e tão somente caso não tivesse cumprido com suas obrigações em sua integralidade.

Concluiu pugnando o reconhecimento da decadência para os fatos geradores ocorridos anteriormente a 26 de outubro de 2014, e que seja reconhecida a ausência de sua responsabilidade quanto aos débitos ora discutidos.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 2.376 a 2.380, onde discordou da arguição de

decadência pleiteada pelo autuado, afirmando que para efeito de consignar o lançamento obedeceu rigorosamente às orientações constantes no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.175855-0, cujo excerto transcreveu, acrescentando que consultando o extrato de recolhimentos do autuado no banco de dados da Sefaz comprovou que não foi efetuado nenhum recolhimento em relação ao exercício de 2014, de acordo com as DMA de fls. 60 a 82.

Quanto ao mérito pontuou que o valor exigido é motivado e fortalecido pelo entendimento exarado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão 0058-01/21, (fls. 2.383 a 2.387, que julgou Nulo Auto de Infração lavrado contra o tomador dos serviços), citando que tal decisão é em decorrência do previsto no § 2º, I, “a”, do artigo 298 do RICMS/BA, com vigência à época dos fatos, o qual transcreveu, destacando que, neste caso, os contratantes não destacaram nas notas fiscais de saídas o valor do ICMS retido nem declararam ser da sua responsabilidade o recolhimento do imposto substituído na operação.

Pontuou que ao examinar a documentação acostada pelo autuado não identificou nenhuma nota fiscal dos tomadores dos serviços (Braskem e Quattor) declarando sua responsabilidade pela retenção do imposto e informando o valor do ICMS retido na prestação de serviço de transporte de cargas tomados juntos ao autuado.

Acrescentou que, conforme tem decidido a 1ª JJF, a comprovação da responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto ICMS ST decorre da declaração do tomador do serviço nas notas fiscais emitidas e não nos conhecimentos de transportes, salientando que este é o posicionamento da referida Junta de Julgamento sobre a matéria, sendo que, é amparado neste entendimento que exigiu o ICMS questionado pelo autuado.

Concluiu pugnando que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos, é no sentido de que o autuado *“Deixou de recolher ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributada, regularmente escrituradas”*, ao tempo em que, no período de 2014 a 2016, o contribuinte *“emitiu uma grande quantidade de CTRs, sem lançamento da base de cálculo do imposto para o ICMS ST, nas prestações interestaduais, constando CST 060 – ISENTAS e CST 090 – OUTRAS, ao mesmo tempo em que lançava nos seus livros de saídas apenas as operações internas, isentas de ICMS. Intimado na forma da lei, não se manifestou, deixando de comprovar o recolhimento do ICMS devido nas prestações interestaduais tributáveis, pelo próprio ou por eventual contribuinte substituto. Foi autuado por falta de recolhimento do imposto”*.

Em sua defesa, o autuado além de alegar a decadência parcial do lançamento, suscitou sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da exigência tributária, ante sua condição de substituída tributária pela empresa Braskem, no caso a substituta tributária, sobre a qual recaiu a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto incidente sobre as operações que deram causa à autuação, por força do contido no Art. 298, inciso II do RICMS/BA, situações estas que não foram aceitas pelo autuante.

Analisando as planilhas elaboradas pelo autuante, base para a autuação, vejo que os tomadores dos serviços são as empresas Braskem S/A, em sua grande maioria, e em menor escala, a empresa Quattor Petroc. Em relação a ambas, o autuado apresentou Contrato de Prestação de Serviços de Transporte, e respectivos aditivos, fls. 171 a 201, os quais se encontravam em plena vigência durante todo o período objeto da autuação, e ainda persistem, segundo o autuado.

O fundamento apresentado pelo autuante para fim de manutenção do lançamento, está relacionado à decisão proferida pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0058-01-21VD, que julgou nulo Auto de Infração lavrado contra tomador do serviço de transporte, em razão de que *“não houve retenção do imposto questionado nos documentos emitidos pelo sujeito passivo, sendo que estes é que deveriam ter sido objeto da autuação. 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”.

A fundamentação posta acima, não é a que se vislumbra na presente lide.

Isto porque, aqui não se cogita de falta de recolhimento de imposto retido, tampouco falta de retenção do imposto, e sim, falta de recolhimento do imposto incidente sobre prestação de serviços de transportes, exigência esta recaída sobre o prestador do serviço.

Vejo que consta nestes autos o contrato de prestação de serviço de transportes entre o autuado e as mencionadas empresas, situação esta que atende ao quanto previsto pelo art. 298, II do RICMS/BA, o que os coloca, sem dúvida, na condição de substitutos tributários, sobre os quais, acaso não fossem comprovados as retenções e os respectivos recolhimentos do ICMS ST, deveria recair a exigência do imposto, pelo fato do contido na redação expressa pelo referido dispositivo regulamentar, que assim se apresentava:

“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;”

Há de se ressaltar, que no caso em tela, a autuação se deu com base nos CT-e emitidos pelo autuado, quando em verdade, e em face da condição de substitutos tributários de ambos, deveria ter sido examinado em que circunstâncias foram emitidas as respectivas notas fiscais, ou seja, se atenderam as determinações constantes no aludido dispositivo regulamentar, para se aquilatar se houve descumprimento de obrigação principal ou mero descumprimento de obrigação acessória ao deixar de consignar nos documentos fiscais no campo “*informações complementares*” a base de cálculo e o valor do imposto retido referente ao serviço de transporte, sem perder de vista, repito, a condição de substitutos tributários dos tomadores dos serviços.

Não se pode olvidar que se tratam de operações tomadas por contribuintes estabelecidos no Estado da Bahia, inscritos na condição de normal, junto ao Cadastro de Contribuintes da SEFAZ, enquanto que o autuado, consoante se verifica à fatura nos autos, emitiu os CT-e sem destaque do imposto, atendendo as obrigações acessórias previstas pelo § 5º, I do referido artigo regulamentar:

“§ 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”;

Por outro ângulo, vejo que o procedimento do autuado encontra ressonância na orientação da DITRI constante no Parecer nº 17.445/2012, que atribui ao tomador de serviço inscrito no cadastro de contribuintes deste Estado, na condição de normal, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido.

Com efeito, considero que no caso dos autos, está patente que a responsabilidade tributária atribuída ao autuado não encontra fundamento de validade no quanto previsto no Art. 6º da Lei Complementar nº 87/96, e no Art. 8º, V da Lei Estadual nº 7.014/96. Trata-se de responsabilidade exclusiva atribuída ao substituto tributário, onde, através do instituto da substituição, o legislador desloca a sujeição passiva da relação obrigacional tributária para um terceiro que não tem afeição direta com o fato gerador do tributo, mas que por força de lei, assume a obrigação de recolhê-lo. Aqui o sujeito passivo passa a ser aquele a quem a Lei atribuiu esta condição, sendo o contribuinte originário, aquele que irá praticar o fato gerador do tributo, completamente expurgado da relação jurídica obrigacional.

Além do mais, o autuado colacionou aos autos, fls. 203 a 212, extratos de pagamentos realizados

pela empresa Braskem, relativamente aos períodos de 2014 a 2016, onde constam diversos recolhimentos a título de ICMS – Substituição Tributária Transportes, denotando, que em princípio, houve recolhimentos do imposto retido pelo tomador dos serviços, apesar de não se ter certeza que se tratam exatamente destes serviços ou de outros porventura tomados, avaliação esta que caberia ao autuante fazer.

Em conclusão e à luz do quanto aqui exposto, entendo que a exigência tributária relacionada as prestações de serviço objeto da autuação, deveria recair sobre os tomadores dos serviços, acaso o imposto tenha deixado de ser recolhido, razão pela qual, considero o autuado como parte ilegítima para figurar no polo passivo do presente lançamento tributário.

Isto posto, fica prejudicada a análise relacionada ao argumento de decadência parcial do lançamento apresentado pelo autuado, por se tratar de prejudicial de mérito, e com fulcro no Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **281105.0008/19-3**, lavrado contra **BALLYLOG LOGÍSTICA BAHIA LTDA**.

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, 05 de outubro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR