

PROCESSO - A. I. Nº 232948.0017/20-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TRANSPORTES DELLA VOLPE S.A. - COMÉRCIO E INDÚSTRIA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0184-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22/09/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0244-11/22-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF que julgou pela Nulidade do Auto de Infração em epígrafe, lavrado 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”*.

Contudo, 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 e pediu pela Improcedência do Auto.

Após as intervenções das partes, a 4ª JJF proferiu o seguinte voto:

“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. ” (Grifo nosso)*

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em função da decisão proferida por meio do Acórdão 4ª JJF nº 0184-04/21-VD, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2020, no valor total 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”*.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância julgou Nulo o presente Auto de Infração, em montante superior ao valor de R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99, vigente à época da Decisão ora recorrida.

No presente Auto de Infração o Autuante faz a seguinte acusação ao Contribuinte:

“Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais”.

No entanto no descritivo dos fatos ocorrido, arguiu:

“Falta de recolhimento do ICMS pela tomadora dos serviços referentes a serviços usados sob a forma de Substituição Tributária com prestação sucessiva”.

Ou seja, uma coisa nada tem a ver com a outra, e como observou muito bem o ilustre julgador:

“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. ”

O Autuante em sua informação fiscal, fls. 79/84, reconhece que houve erro no enquadramento legal da infração, porém roga pela manutenção do auto arguindo que não ser passível de nulidade tendo em vista que não infringiu norma contida no § 1º, do art. 18 do RPAF. Vejam, sua correção é impossível, pois implica na completa mudança do fulcro da autuação; ou seja, seria o mesmo que, numa decisão, lavrar-se um novo Auto de Infração, o que viola as regras jurídicas mais básicas, as competências administrativas e as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Por fim, como não se pode mudar o tipo de infração e manter o lançamento fiscal intacto, tendo em vista que o enquadramento da acusação e a descrição são conflitantes, sendo a primeira passível de multa de 100% e a segunda 60%, resta acertadamente julgar pela NULIDADE

recorrendo ao RPAF, mais precisamente nos Art. 18, inciso IV, alínea “a” e “b”.

Diante do exposto, comungo da correta Decisão de Piso que julgou o Auto de Infração NULO.

Dessa forma, não há o que se falar em reforma do acórdão da JJF, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de ofício apresentado e manter a Decisão recorrida para julgar **NULO** o Auto de Infração nº 232948.0017/20-2, lavrado contra **TRANSPORTES DELLA VOLPE S.A. - COMÉRCIO E INDÚSTRIA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA - RELATORA

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR DA PGE/PROFIS