

A. I. N° - 206955.0008/21-5
AUTUADO - SOLTEC BRASIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ENERGIAS RENOVÁVEIS LTDA.
AUTUANTES - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS CARVALHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.04.2022

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-05/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Demonstrativo juntado aos autos relaciona operações que durante a ação fiscal não foi comprovado o pagamento do imposto devido, relativo a operações de serviços de transportes sujeitas à substituição tributária, contratadas por contribuinte inscrito neste Estado na condição de contribuinte do regime normal de apuração do imposto. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em apreço foi lavrado em 22/09/2018, para a exigência de ICMS pela falta de retenção do imposto e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal de cargas (2017/2018), conforme demonstrativos anexos ao PAF - R\$ 399.547,09, acrescido da multa de 60%.

O autuado, representado pela advogada Cintia Melazzi Barbosa Nogueira, OAB/BA 14.667 (fls. 32/35) inicialmente discorre sobre a infração e suscita a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

Discorre sobre o lançamento tributário como procedimento administrativo previsto no art. 142 do CTN e seus requisitos necessários, que na situação presente entende haver uma lacuna sobre as razões que levaram à exação, sem identificar a motivação de forma clara e explícita das razões de direito que conduziram ao lançamento.

Neste contexto cita doutrinadores (Justen Filho, Roque Carrazza) para reforçar o seu posicionamento de que a ausência de motivação gera atos defeituosos que invalida o ato administrativo, a exemplo da Súmula nº 1 do CONSEF que prevê nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, quando não conter de forma clara e compreensiva a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Suscita a nulidade sob o argumento de que na cobrança do ICMS pela falta de retenção e recolhimento nas prestações sucessivas de serviços de transporte, não foi considerado que as empresas transportadoras efetivamente recolheram o imposto incidente sobre a prestação do serviço e não há que se falar em falta de recolhimento. Entende que a exigência fiscal configura enriquecimento ilícito do Estado, que tendo recebido o montante recolhido pelos transportadores, vem cobrar o imposto que foi destacado nos documentos fiscais.

Afirma que aventando a possibilidade de não declaração das nulidades suscitadas, passa a discorrer sobre o mérito. Alega que a exação em tela se resume a exigência da falta de

recolhimento na condição de contribuinte substituto, sem considerar o efetivo recolhimento do imposto pelo ente substituído conforme destacado no documento fiscal.

Ressalta que no processo administrativo deve ser apurada a verdade material e sendo os documentos fiscais das transportadoras protegidos por sigilo fiscal, o Estado e seus procuradores poderiam exigir a apresentação dos comprovantes de recolhimentos, exercendo o seu poder de polícia, utilizando da tecnologia da informação de suas organizações.

Argumenta que informou à fiscalização que as transportadoras promoveram o recolhimento do ICMS-ST exigido e afrontando o princípio da verdade material, exigiram o tributo do contratante do serviço, o que impõe pagamento em duplicidade.

Pondera que o autuado não é responsável pelos tributos devidos pelas empresas transportadoras na situação em questão, visto que foi feito o destaque do ICMS nos Conhecimentos de Transportes e não é possível provar que elas recolheram o imposto destacado nos documentos fiscais.

Neste contexto, requer realização de diligência fiscal junto aos transportadores, implementada por auditores da ASTEC/CONSEF, em busca da verdade material e o princípio de vedação da cobrança em duplicidade, promovendo o enriquecimento ilícito do Estado.

Cita decisão promulgada pelo STJ no REsp 19.299.996/2021 em que foi manifestado que a substituição tributária garante um gerenciamento eficaz do recolhimento do imposto, mas não pode ser admitido a supremacia da forma sob pena de implicar arrecadação em duplicidade.

Conclui requerendo a realização da diligência fiscal, caso não acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas ou declarada a improcedência total da infração.

A autuante na informação fiscal (fls. 41/42) inicialmente discorre sobre a infração, as alegações defensivas, ressaltando que não foi anexado à impugnação qualquer DAE que comprovasse o recolhimento de ICMS-ST por parte das transportadoras.

Com relação a nulidade suscitada afirma que o auto de infração se faz acompanhar de termos de intimação da lavratura, demonstrativos da apuração da base de cálculo individual e acumulado por mês (fls. 8 a 24), que foram enviados por meio do DTE (fl. 19) e inexiste a nulidade suscitada.

Com relação ao argumento de que os valores das parcelas do ICMS-ST foram pagos pelas transportadoras, afirma que isso não foi comprovado durante a ação fiscal, pois foram enviados os demonstrativos do levantamento fiscal e não foi apresentado qualquer DAE referente aos valores pendentes vinculados ao débito.

Diz que junta à informação fiscal (fls. 43 a 47) cópia da resposta da intimação fiscal, cujos pagamentos informados pelo autuado *“foram excluídas dos demonstrativos antes da lavratura do auto de infração”*.

Destaca que nos demonstrativos anexados ao processo, enviados ao autuado, constam os lançamentos individualizados das operações de transportes de cargas contratados pelo sujeito passivo e não pagos na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme determina o art. 298 do RICMS/BA, no qual se enquadram as operações de transportes realizadas.

Conclui que o autuado deveria ter efetuado o recolhimento do ICMS-ST, na condição de tomador do serviço de transporte interestadual de cargas realizadas nos exercícios de 2017/2018.

Na sustentação oral, a patrona do autuado argumentou que nos termos do art. 23 da Lei 2.209/2011 e art. 37 da Lei 9.734/1999, a Administração Pública deveria produzir as provas quanto ao pagamento do ICMS por parte dos prestadores do serviço de transporte, em razão de que a empresa não tem o Poder de Polícia.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa falta de retenção do imposto e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte.

O defensor requereu a realização de diligência fiscal pela ASTEC/CONSEF, no sentido de carregar aos autos os comprovantes de recolhimento do ICMS pelos prestadores de serviço de transporte, que o autuado deixou de recolher na condição de contribuinte substituto. Observo que conforme ressaltado pela autuante, durante a ação fiscal, foi requisitada a comprovação dos recolhimentos do ICMS-ST relativo à contratação de prestação de serviço de transporte interestadual, e tendo o impugnante apresentado demonstrativos relativos aos CTEs (fls. 43/44), não foram incluídos no demonstrativo que deu suporte à autuação. O impugnante não juntou à defesa qualquer comprovante de recolhimento de ICMS por parte dos transportadores contratados.

Observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual, ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise a elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento do técnico especializado.

Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, "b" do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, ou requisitar das empresas que lhe prestaram serviços, cuja retenção do ICMS-ST era de sua responsabilidade, fato que não ocorreu. Por isso, fica indeferido o pedido de realização de diligência fiscal.

Inicialmente, cabe apreciar as nulidades suscitadas pelo sujeito passivo.

No que tange à nulidade suscitada sob o argumento de que teve cerceado o seu direito de defesa, alegando falta de requisitos necessários e motivação das razões de direito que conduziram ao lançamento, observo que na intimação por meio do DTe de 08/07/2021, (fl. 6), a fiscalização solicitou que a sociedade empresarial apresentasse num prazo de dez dias, o detalhamento dos CTEs referentes aos serviços de transportes de operações interestaduais e o ICMS-ST de transportes – código de receita 1632.

A autuante juntou à informação fiscal, (fls. 43 a 47), cópia de e-mail datado de 19/08/2021, em que a empresa apresentou planilha detalhada do ICMS-ST de transporte de cargas, em atendimento à intimação, inclusive relacionando empresas transportadoras inscritas:

- I) no Estado e sem vínculo contratual, conforme disposto no art. 298, I e II do RICMS/BA (fl. 46);
- II) como ME ou EPP inscrita no Simples Nacional, que dispensa a ST nos termos do art. 298, §º6º do RICMS/BA (fl. 46);
- III) CTEs emitidos por empresas não domiciliadas no Estado da Bahia, cujo recolhimento se deu através de GNRE.

Neste contexto, tendo a fiscalização ajustado o demonstrativo de fls. 8 a 24, com base nas justificativas apresentadas na fase de desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização, não é plausível a alegação de cerceamento do direito de defesa e falta de motivação e desconhecimento de como foi apurada a base de cálculo, visto que o demonstrativo relaciona os CTEs referentes a operações interestaduais de contratação de serviço de transporte, descrição da infração de que se trata da falta de retenção do imposto como substituto tributário e indica o enquadramento pertinente (art. 298 do RICMS/BA). Por isso, fica rejeitada esta nulidade.

Com relação à nulidade suscitada sob o argumento de que na cobrança do ICMS-ST, não foram considerados os recolhimentos efetuados pelos prestadores do serviço de transporte, entendo que se trata de questão de mérito, mas como apreciado anteriormente, a intimação constante de fl. 6 (08/07/2021), requer a comprovação das situações de contratação de serviços de transportes e retenção do ICMS-ST e a fiscalização considerou os pagamentos que foram comprovados, conforme detalhamento apresentado pelo sujeito passivo em resposta por e-mail da intimação,

indicando os recolhimentos efetuados às fls. 43 e 44, por período, empresa e valores a exemplo dos demonstrativos de pagamentos de 1 a 5 totalizando R\$ 48.044,17, referente à competência 06 (julho e agosto/2017).

Portanto, como questão de mérito, caberia ao estabelecimento autuado fazer prova de que:

- i) não era responsável pela retenção do ICMS-ST relativo à contratação dos serviços de transportes (o que foi feito em parte, com relação a transportadores inscritos como ME ou EPP – art. 298, § 6º do RICMS/2012);
- ii) ou que foi efetivado o recolhimento do ICMS-ST (o que foi feito em parte, conforme demonstrativos de fls. 45 e 46, apresentados no curso da ação fiscal e que não foram exigidos na autuação).

Pelo exposto, em se tratando de contratação de prestação de serviços de transportes (transportadora inscrita no Estado, não inscrita ou transportador autônomo) por contribuinte inscrito neste Estado na condição de normal, as operações estão sujeitas à substituição tributária (art. 298 do RICMS/BA), cuja obrigação tributária é do contratante, no caso o estabelecimento autuado, logo, cabe a ele fazer prova de que houve o recolhimento do imposto devido, e não, inverter o ônus da prova.

Ressalte-se que o sujeito passivo não apresentou junto à impugnação, qualquer comprovante de recolhimento de ICMS pertinente aos serviços de transportes contratados, que alegou ter sido desconsiderado o efetivo recolhimento do imposto pelo prestador do serviço. Portanto, não foi juntada ao processo nenhuma prova de que o valor exigido resulta em pagamento em duplicidade e enriquecimento sem causa do Estado. Consequentemente, rejeitada a nulidade suscitada.

Observo que o defensor não apresentou questões de mérito de forma específica, que foram apreciadas no contexto das nulidades suscitadas.

Quanto ao argumento de que caberia à Administração Tributária perquirir a produção das provas, observo que os dispositivos contidos na Lei 2.209/2011 e Lei 9.734/1999, se aplicam de modo geral a processos administrativos tributários e de competência da Administração Federal. No caso, a regulamentação específica para os processos administrativos de competência do Estado da Bahia, rege pelo Dec. 7.629/99, cujos artigos 142 e 143 preveem que a recusa da parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Portanto, o ICMS-ST exigido é de responsabilidade do contratante das operações de transporte, e durante os trabalhos de fiscalização foram apresentados os demonstrativos relativos à obrigação tributária constituída, e caberia a ele apresentar as provas quanto ao pagamento do ICMS por parte dos prestadores do serviço de transporte, visto que ao contratar as prestações de serviço, incumbiu-se da responsabilidade pelo pagamento do ICMS na condição de substituto tributário.

Por tudo que foi exposto, fica indeferido o pedido de realização de diligência fiscal e rejeitadas as nulidades suscitadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206955.0008/21-5, lavrado contra **SOLTEC BRASIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ENERGIAS RENOVÁVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 399.547,09**,

acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

EDUARDO RAMOS DE SANATANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR