

A. I. Nº - 207140.0004/19-4
AUTUADO - JACOBS DOUWE EGBERTS BR COMERCIALIZAÇÃO DE CAFÉS LTDA.
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/03/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO ATRAVÉS DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. Item reconhecido. Infração subsistente. 2. SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO a) OPERAÇÕES EFETUADAS POR EMPRESA TRANSPORTADORA NÃO INSCRITA NESTE ESTADO. Excluídas do lançamento operações realizadas por empresa possuidora de inscrição estadual neste Estado e aquelas cujos pagamentos foram efetuados pelo transportador. Infração parcialmente subsistente. b) PRESTAÇÕES INTERESTADUAIS e INTERMUNICIPAIS SUCESSIVAS. A existência de contrato para a execução dos serviços de transporte independe da formalização de instrumento escrito. Não houve comprovação por parte do contratante dos serviços de que a empresa contratada efetuou o pagamento do imposto referente às operações de prestações de serviços de transportes que realizou e que foram objeto da autuação. Acusação subsistente. Não acolhido o pedido de anulação formulado pela defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 26/09/2019, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 774.362,65, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – 02.01.24 - Deixou o contribuinte de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação livre – ACL, estando ele conectado diretamente à Rede Básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo, mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada, no valor de R\$28.996,50.

Infração 02 – 07.09.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste estado, no valor de R\$197.940,99, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 07.14.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, no valor de R\$547.425,16.

O autuado ingressa com defesa, fls. 49 a 51, falando inicialmente sobre a tempestividade de sua apresentação. Após diz tratar-se de pessoa jurídica que atua no mercado de industrialização, venda e exportação de cafés, dentre outras atividades, conforme previsto em seus atos constitutivos e sempre reconhecida pela qualidade, eficiência e transparência de seus negócios.

Transcreve o teor das acusações e afirma que além da exigência em relação aos impostos, também está sendo exigido o pagamento de multa no percentual de 60%, fundamentado na alínea “e” do inciso II, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Ressalva que no tocante à infração nº 02, conforme será demonstrado a seguir, o auto de infração deve ser anulado em razão de ausência de fundamento legal, provas e demais elementos mínimos para que seja identificada com segurança qual acusação está sendo imputada à Impugnante. Também é nula a infração nº 03, seja pela ausência de provas para comprovar o alegado, seja pela ausência de motivação e adequação (subsunção) do fato descrito à norma indicada como infringida.

Ressalva que na remota hipótese de não serem acolhidas as preliminares de nulidade, quanto ao mérito, a acusação deve ser julgada improcedente, uma vez que quanto à infração 02 a empresa “Motoliner Amazonas Ltda.” além de ser uma empresa que possui inscrição estadual possui operações que estão duplicadas, sendo cobradas tanto na infração 02 quanto na infração 03, razão pelo qual devem ser excluídas desta infração.

Informa haver comprovantes de pagamento do ICMS das operações indicadas pelo fiscal tanto na infração 02 como na infração 03, que foram recolhidos pelas empresas transportadoras e devem ser aceitos para o cancelamento das infrações autuadas.

Subsidiariamente diz que as multas não podem prosperar à luz do art. 158 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, por ausência de dolo, fraude ou simulação e por possuírem caráter confiscatório, situação que possui expressa vedação constitucional.

Quanto a infração 01 (02.01.24) referente à cobrança de ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL, informa que optou pelo recolhimento do imposto conforme comprovante em anexo (doc. 04).

Diante do exposto requer a extinção do crédito tributário pelo pagamento, nos termos do art. 156, I, do CTN, consignando-se, desde já, que a Impugnante irá se defender somente em relação às infrações nº 02 (07.09.03) e nº 03 (07.14.03).

Reitera o pedido de nulidade da infração 02 esclarecendo que está sendo exigido o imposto por suposta falta de retenção de ICMS/ST nas operações de transporte interestadual e intermunicipal realizadas por empresas não inscritas no Estado da Bahia ou por autônomos. Como fundamento desta infração foi indicado o artigo 8º, §6º da Lei nº 7.014/1996 c/c artigo 332, inciso III, alínea “g” item 2 do RICMS, cujo teor transcreve.

Ressalva que de uma breve e rápida leitura dos dispositivos legais indicados no auto de infração, nenhum deles corresponde à descrição da infração. São artigos de lei genéricos que não dispõem sobre a hipótese de recolhimento de ICMS/ST em operações de transporte interestadual e intermunicipal realizadas por empresas não inscritas no Estado da Bahia ou por autônomos, o que por si só evidencia a falta de fundamento jurídico do lançamento fiscal.

Entende que a falta de fundamento jurídico para a cobrança do imposto fere gravemente o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a falta de motivação impede que a Impugnante saiba com segurança o motivo pelo qual está sendo autuada e, conseqüentemente, impede o exercício regular do direito de defesa.

Ressalta que o princípio basilar do direito tributário é o da estrita legalidade. Ou seja, não pode ser exigido o pagamento de um tributo sem que haja previsão legal expressa contendo a hipótese de incidência versada na autuação fiscal.

Aduz que da leitura da descrição e dos artigos elencados no auto de infração que não há motivação para a acusação fiscal, o que caracteriza clara hipótese de vício material insanável do auto de infração. A mera descrição da infração não é suficiente para exigir a cobrança de um tributo, pois é garantia constitucional o direito de defesa, inclusive em processos administrativo, o que pressupõe um ato/procedimento administrativo devidamente fundamentado.

Afirma que a nulidade do auto de infração nos casos em que não for possível determinar com segurança a infração que está sendo imputada está previsto expressamente no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/1999) conforme artigo 18, inciso IV, alínea “a”.

Diante das inconsistências presentes no auto de infração que impossibilitam o exercício do contraditório e da ampla defesa, fica impossível para a Impugnante combater pontos controvertidos se as informações são incertas, contraditórias, omissas e obscuras no Auto de Infração ou mesmo se sequer existe fundamento jurídico para a acusação fiscal.

Fala sobre o direito do contraditório e afirma ser imprescindível que o Auto de Infração traga as informações precisas, certas, correlatas e coerentes, para que não paire qualquer dúvida sobre o que está sendo alegado, em outras palavras, que seja devidamente fundamentado, a fim de que o direito ao contraditório e à ampla defesa sejam preservados e assegurados.

Com base no art. 18 do RPAF-BA entende que o auto de infração deve ser anulado tanto pela ausência de elementos mínimos para que se determine com segurança a infração imputada à Impugnante (falta de fundamentação jurídica), como pela consequência dessa insegurança que acarreta no cerceamento ao direito de defesa, situação que também configura hipótese de nulidade da autuação.

Assevera que, a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia já se posicionou diversas vezes sobre a nulidade da infração quando forem verificados vícios no auto de infração que impossibilitem o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme trechos de decisões cujas ementas transcreveu.

Acrescenta que como se não bastasse essa clara hipótese de nulidade da infração, com base na descrição da infração de que a autuação versaria sobre o serviço de transporte interestadual e intermunicipal realizado por empresas não inscritas no Estado da Bahia, verifica-se que foi relacionada empresa transportadora que possui inscrição estadual (Doc. 05).

No tocante à infração nº 03 diz que de acordo com a descrição da infração, a empresa foi autuada para recolher o ICMS/ST nas sucessivas operações de prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal. A fundamentação indicada pela fiscalização foi o artigo 34, inciso III da Lei nº 7.014/1996 c/c artigo 298 do RICMS. Isto porque, o artigo dispõe que será devido o ICMS/ST nas operações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal quando for realizada: I) por empresas não inscritas neste Estado ou autônomos ou; II) por empresas vinculadas por contrato.

Explica que conforme se extrai da planilha juntada pela fiscalização indicando as operações autuadas na infração nº 03, todas elas possuem inscrição estadual (Doc. 06), o que afasta imediatamente a aplicação do inciso I do artigo 298, relativo às prestações de serviços por empresas não inscritas no Estado da Bahia ou autônomos, justamente porque todas as empresas possuem a inscrição

Com relação ao inciso II do art. 298 supratranscrito, verifica-se que se trata de hipótese específica em que deve haver o recolhimento de ICMS/ST quando as empresas que realizem o serviço de transporte estadual interestadual e intermunicipal possuam vínculo contratual com a empresa contratante.

Destaca que a regra do ordenamento jurídico brasileiro é de que o ônus da prova cabe a quem alega. Diante disso, no processo administrativo fiscal cabe ao fisco comprovar que houve a ocorrência de uma infração, indicando os motivos e fundamentos legais para que o contribuinte possa se defender, sob pena de violação ao princípio do contraditório e do devido processo legal. Ocorre que, em nenhum momento a fiscalização trouxe aos autos provas de que as empresas prestadoras de serviço de transporte interestadual e intermunicipal possuíam vínculo contratual com a Impugnante, hipótese que ensejaria a cobrança do ICMS/ST.

Entende que apresentar as provas que comprovam que a Impugnante cometeu a infração alegada

pela fiscalização é elemento essencial na constituição da infração, sob pena de nulidade do auto de infração e violação dos princípios de ampla defesa e contraditório assegurados constitucionalmente ao contribuinte.

Frisa que no campo tributário não são cabíveis alegações fundadas em meras presunções (sem previsão legal) ou meras possibilidades (indícios), sendo indispensável à constituição de uma acusação fiscal, a indicação de todos os elementos essenciais para se determinar com segurança o objeto da infração fiscal.

Conclui que todo e qualquer Auto de Infração deve conter os fundamentos e documentos necessários que comprovem os motivos pelos quais a autoridade fiscal conclui pela existência da infração, sob pena de nulidade.

Diz que sobre essa questão, a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia já se manifestou no sentido de acolher a nulidade da infração em casos semelhantes, conforme trecho de Acórdãos que transcreve.

Considerando a remota hipótese de não serem acolhidas as nulidades acima invocadas passa a se manifestar sobre o mérito pedido a improcedência da infração 02 uma vez que:

I) A empresa “Motoliner Amazonas Ltda.” além de ser uma empresa que possui inscrição estadual possui operações que estão duplicadas, sendo cobradas tanto na infração 02 quanto na infração 03, razão pelo qual devem ser excluídas desta infração.

II) Além disso, há comprovantes de pagamento do ICMS das operações indicadas pelo fiscal, recolhidos pelas empresas transportadoras (doc. 07) que também devem ser excluídas da infração.

Conforme já mencionado no tópico de “nulidade da infração 02”, a empresa “Motoliner Amazonas Ltda.” é uma empresa regularmente inscrita no Estado da Bahia (doc. 05), razão pelo qual, todas as operações autuadas desta empresa devem ser canceladas, pois de acordo com a descrição da infração somente as operações com empresas que não possuem inscrição estadual deveriam ser relacionadas.

Além disso, da análise das operações elencadas pela fiscalização em sua planilha, verifica-se que estão sendo exigidas em duplicidade as operações abaixo relacionadas, também envolvendo a empresa “Motoliner Amazonas Ltda.”. São as seguintes operações: CT-e nºs 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581.

Entende que estas operações devem ser canceladas porque estão sendo cobradas tanto na infração nº 02 quanto na infração nº 03, e sua manutenção implicará no enriquecimento ilícito do Estado.

Além disso afirma que a infração deve ser cancelada pelo fato de que o imposto exigido nas operações da infração 02 foi pago, conforme se verifica dos comprovantes de recolhimentos das empresas transportadoras, juntados nesta oportunidade por amostragem.

Destaca que a manutenção da infração, no caso de comprovação que o imposto foi pago, também caracteriza hipótese de enriquecimento ilícito do Estado, pois não há previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro que autorize o Estado a exigir pagamento do mesmo tributo duas vezes.

Após ressaltar que os atos da Administração Pública, em âmbito Federal, Estadual ou Municipal devem sempre respeitar os princípios constitucionais entre eles o da legalidade, conforme disposto no artigo 37 da Constituição Federal as infrações não podem ser mantidas, por não haver motivação nem fundamento legal que autorize o fisco a exigir o pagamento de um tributo que já tenha sido pago, sendo certo que, se esta exigência subsistir, caracterizará enriquecimento ilícito do Erário Público Baiano.

Em relação à infração 03, que se refere à cobrança de ICMS/ST nas operações de transporte interestadual e intermunicipal, a despeito de não haver provas para imputar à infração à Impugnante o que implica na total nulidade desta infração, quanto ao mérito destaca-se que deve

ser julgado improcedente esta acusação fiscal em razão da comprovação de pagamento do imposto exigido nas operações pelas empresas transportadoras.

Informa estar apresentando por amostragem comprovantes de pagamentos, não havendo como prosperar a exigência, pelos mesmos motivos apresentados no item anterior, reiterando que a manutenção da cobrança de um tributo que pago caracteriza cobrança indevida porque não há previsão para exigir o pagamento duas vezes de um mesmo imposto, implicaria inclusive em enriquecimento ilícito do Erário Público.

Pede que seja julgado improcedente o auto de infração para afastar as exigências cobradas:

I) em relação à infração 02 porque a empresa “Motoliner Amazonas Ltda.” além de possuir inscrição estadual, possui operações que foram autuadas pela fiscalização em duplicidade, além do fato de que comprovadamente o imposto exigido nesta infração foi pago;

II) em relação à infração 03 porque o imposto das operações autuadas foi devidamente pago pelas empresas transportadoras conforme comprovantes de recolhimento.

Não sendo acolhida a nulidade ou não seja reconhecida a improcedência da autuação, pede o cancelamento da multa exigidas nas infrações 02 e 03, por ausência de dolo, fraude ou simulação, com base no art. 158 do RPAF-BA. Isto porque, conforme o alegado o imposto foi recolhido pelas empresas transportadoras, fato que não pode ser ignorado no presente caso, pois demonstra que não houve prejuízo algum ao erário.

Transcreve trechos de Acórdãos proferidos por este Conselho e afirma que tais decisões julgaram casos semelhantes em que a multa foi afastada tanto por ausência de dolo, fraude ou simulação, quanto por violação ao princípio da razoabilidade, entendimentos que também devem ser aplicados a este caso.

Em seguida fala sobre o caráter confiscatório da multa aplicada, transcrevendo ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho, de Sampaio Doria e jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal e em seguida reitera o pedido de cancelamento das mesmas, seja porque foram preenchidos os requisitos de ausência de dolo, fraude ou simulação nos termos do artigo 158 do RPAF, ou pelo fato de que o caráter confiscatório da multa está vedado no ordenamento jurídico, de forma que a manutenção destas multas violaria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que não podem ser desrespeitados pela Administração Pública.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

I) seja acolhida a nulidade da infração 02 em razão de ausência de fundamento legal, provas e demais elementos mínimos para que seja identificada com segurança qual acusação está sendo imputada à Impugnante.

II) seja acolhida a nulidade da infração 03 seja pela ausência de provas para comprovar o alegado, seja pela ausência de motivação e adequação (subsunção) do fato descrito à norma indicada como infringida

Quanto ao mérito, na remota hipótese de não serem acolhidas as nulidades, as infrações devem ser julgadas improcedentes pelo fato de que:

III) quanto à infração 02 a empresa “Motoliner Amazonas Ltda.” além de ser duplicadas, sendo cobradas tanto na infração 02 quanto na infração 03, razão pelo qual devem ser excluídas desta infração.

IV) há comprovantes de pagamento do ICMS das operações indicadas pelo fiscal tanto na infração 02 como na infração 03, que foram recolhidos pelas empresas transportadoras.

Subsidiariamente, as multas não podem prosperar à luz do art. 158 do RPAF/BA por ausência de dolo, fraude ou simulação, além de possuírem caráter confiscatório o que é expressamente vedado conforme previsão constitucional.

Protesta pela posterior juntada de documentos comprobatórios em razão do volume das

operações autuadas.

O fiscal autuante ao prestar a Informação Fiscal, fls. 174 a 180 faz um resumo dos argumentos defensivos e ressalta que em relação à infração 01 o defensor renuncia à defesa e faz o recolhimento do ICMS exigido, e requer, assim, a extinção do crédito tributário, na forma do art. 156, I, do CTN.

Em seguida passa a se manifestar dizendo que em relação à arguição de nulidade relativa à infração 02, o Defensor alega que os dispositivos legais indicados no Auto de Infração não correspondem à descrição dos fatos, entretanto, ao contrário do quanto alegado, o erro na indicação dos dispositivos não implica na nulidade do feito, uma vez que a descrição dos fatos evidencia claramente o enquadramento legal. Tal assertiva tem fundamento no art. 19 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Entretanto, por erro no Sistema de Lançamento de Crédito Tributário, que faz o enquadramento automático das infrações, verifica-se que, de fato, assiste a razão à parte autora da impugnação, no que diz respeito ao erro na indicação da infração.

Dessa forma, o enquadramento correto seria o seguinte:

“Art. 8º, inciso V da Lei 7.014/96 c/c art. 298, I e 332, inciso XIII, “b” do RICMS/BA, aprovado pelo dec. nº 13.780/12”,

Nessa esteira, deve-se considerar o ato anulado no que tange à indicação incorreta dos dispositivos legais contidas na infração 02, devendo, todavia, a nulidade ser restrita a indicação incorreta dos dispositivos legais, sem nenhum efeito sobre as outras partes que dela sejam independentes, ou seja, a base de cálculo, o ICMS devido, a infração ou infrator.

Transcreve normas que emanam do CPC/2015, nos arts. 280 a 282, § 1º e § 2º, 283 e parágrafo único e afirma que da leitura do parágrafo único, anteriormente citado, deduz-se que não se declarará a nulidade do lançamento tributário, uma vez que não resultou em prejuízo à defesa do autuado.

Em relação a alegação de lançamentos em duplicidade de Conhecimentos de Transportes emitidos pela empresa MOTOLINER AMAZONAS LTDA, vê-se que aquela transportadora tem filial no Estado de Pernambuco, CNPJ 04.525.822/0004-90 e no Estado da Bahia CNPJ 04.525.822/0013-80. No caso, efetivamente, foram incluídas indevidamente prestações da empresa Motoliner filial Bahia como se fosse filial Pernambuco, no mês de setembro de 2016.

Desfeito o equívoco, o ICMS exigido naquele período fica reduzido de R\$20.300,18 para R\$14.093,21.

Frisa que tal procedimento também não enseja a nulidade haja vista que o art. 18 do RPAF/99, no parágrafo 1º, determina que as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação 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 a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Quanto à infração 03, no que diz respeito a arguição de nulidade com base no fato de que a hipótese do inciso I do art. 298 do RICMS/12, posto que todas as empresas prestadoras de serviço de transporte de carga estariam inscritas no Estado da Bahia e que não são transportadores autônomos, frisa que a previsão do inciso II, daquele dispositivo regulamentar, aduz que não possui vínculo contratual com a empresa contratante. Efetivamente, a infração 03 reporta-se às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais contratadas inscritas no Estado da Bahia, conforme prevê o inciso II do art. 298, anteriormente citado.

Em seguida diz que de fato o Fisco não precisa comprovar a existência de contrato formal entre as empresas contratadas e contratantes. Basta a evidência do compromisso das empresas

transportadoras em prestar serviços de forma repetida durante um período prolongado, que pode ser de 6 meses consecutivos ou mais para que fique caracterizada a contratação por prestações continuadas.

Quanto ao pagamento do ICMS por parte das empresas prestadoras do serviço, diz que o inciso V do art. 8º da Lei nº 7.014/96 estabelece que a responsabilidade da obrigação tributária é da empresa contratante.

Nessa trilha, a condição de sujeito passível imposta pela Lei não pode ser transferida para outro contribuinte, sob pena de o responsável tributário ser considerado inadimplente.

Acrescenta que o fato de a transportadora ter efetuado o pagamento indevido não a torna responsável pela obrigação principal, cabendo, desse modo, a restituição do indébito, enquanto não extinto o prazo decadencial.

Caso o crédito tributário fosse extinto com o pagamento indevido, nos casos de repetição do indébito por parte das prestadoras do serviço (com todo direito), o Fisco estaria impedido de efetuar novo lançamento contra o responsável tributário eleito pela Lei. Por tais razões, o crédito tributário só pode ser extinto pelo sujeito passivo obrigado, ou seja, pelo próprio autuado.

Conclui ter ficado evidenciado por meio da leitura do art.19 do RPAF/99, anteriormente citado, que é necessária a reabertura de prazo para que o ato anulado não resulte em prejuízo à defesa do autuado.

Nessa trilha, deve ser reaberto para que o autuado possa manifestar-se sobre a indicação correta da fundamentação do lançamento, no caso da infração 02,

Em relação à infração 03, o autuado deve se manifestar no prazo de 10 (dez) dias, querendo, no que tange à exclusão dos valores lançados em duplicidade, relativamente ao mês de setembro de 2016, onde o valor do ICMS exigido foi reduzido de R\$20.300,18 para R\$14.093,21.

Por tais razões, intime-se o contribuinte a apresentar nova defesa, querendo, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da data da ciência.

O sujeito passivo foi cientificado e apresenta manifestação às fls. 188 a 197 aduzindo em relação à infração 02 que a fiscalização afirma que a capitulação errada da infração não implica em nulidade do lançamento, pois no seu entender a mera descrição dos fatos teria o condão de evidenciar o enquadramento legal da infração que pretende imputar à Impugnante.

Também foi admitido expressamente que erro na acusação, apontando, somente nesta oportunidade, os dispositivos legais que entende pertinentes, alterando a acusação fiscal.

Reafirma que conforme se extrai do auto de infração, a fiscalização indicou originalmente como fundamento da autuação o artigo 8º, § 6º, da Lei nº 7.014/1996 c/c artigo 332, inciso III, alínea “g” item 2 do RICMS. Portanto, a indicação do dispositivo legal no auto de infração, supostamente infringido pela Impugnante, não corresponde a qualquer conduta que possa ser a esta imputada, o que infringe o art. 142 do Código tributário Nacional, invalidando o lançamento por falta dos seus requisitos legais e, por fim, dificultando seu exercício ao direito de ampla defesa e ao contraditório.

Reitera os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade acrescentando ainda que se considere a mudança da capitulação legal pretendida pela autoridade fiscal, tratando-se, portanto, de ICMS incidente sobre prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal por empresa não inscrita no Estado da Bahia, mais uma vez ressalta que as empresas contratadas possuem inscrição estadual ativa neste Estado, conforme já demonstrado no **(Doc. 05)** anexo à Impugnação, de forma que nem mesmo a nova capitulação legal trazida somente agora pela fiscalização teria condição de sustentar o lançamento fiscal.

Assim, por qualquer prisma que se analise a questão, a infração nº 02 deve ser anulada, pelos seguintes motivos:

(i) a ausência de capitulação correta da infração supostamente praticada pela Impugnante não

permite a exata identificação da conduta realizada e, assim, fulmina de nulidade absoluta o auto de infração, impedindo o exercício do direito à ampla defesa e contraditório, conforme precedentes da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia; e

(ii) caso não seja decretada a nulidade do auto de infração, o que se admite por respeito à argumentação, constata-se que nem mesmo a nova capitulação legal indicada pelo agente fiscal subsistiria, por não se tratar de contratação de serviço de transporte realizadas por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste Estado.

No mérito diz que ao mesmo tempo em que o agente fiscal autua a empresa por supostamente contratar serviço de transporte interestadual ou intermunicipal de empresa não inscrita neste Estado, reconhece em sua manifestação de fls. 174/180 que a empresa Motoliner Amazonas Ltda. tem filial no Estado da Bahia, inscrita no CNPJ 04.525.822/0013-80, excluindo estas operações da autuação.

Em relação às demais empresas que não possuem inscrição estadual neste Estado, conforme comprova o (Doc. 07) anexo à Impugnação, a Impugnante comprovou por amostragem que parte do ICMS devido ao Estado da Bahia foi PAGO. Ainda que se possa cogitar que o pagamento não foi realizado pelo substituto tributário, mas sim pelo substituído, como pretende a fiscalização em sua manifestação, é certo que a obrigação tributária foi extinta, e exigir o mesmo imposto novamente implica em cobrança indevida e enriquecimento ilícito do Estado, não tendo sido excluídos da infração os pagamentos comprovados pela Impugnante.

Quanto à infração 03 conforme já aduzido em sede de Impugnação ao lançamento fiscal, nenhuma hipótese prevista no artigo 298 se verifica no caso concreto, pois as empresas contratadas obviamente não são prestadores de serviços autônomos, todas têm inscrição estadual no Estado da Bahia e nada há no lançamento fiscal que vincule ditas operações a contratos firmados com a Impugnante, como exige a hipótese legal acima colacionada. Diante disso, verifica-se que o lançamento fiscal se funda em mera presunção da fiscalização de que as empresas teriam vínculo contratual, certo que tal presunção fiscal não encontra autorização legal e não pode fazer nascer a obrigação tributária.

Na peça contestatória à Impugnação, novamente a fiscalização pinça dispositivos legais isolados para tentar fazer prevalecer os frágeis motivos que levaram à autuação, mas não convence por qualquer ângulo que se analise, pois, parte da equivocada premissa que os serviços foram prestados de forma contínua por seis meses consecutivos ou mais - mais uma conclusão equivocada da fiscalização e que não tem previsão legal.

Ressalta que o artigo 298 é taxativo ao prever como operações sujeitas à substituição tributária por retenção, nas quais o ICMS-ST será devido nas operações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal **somente** quando realizadas: (i) por empresas não inscritas neste Estado ou autônomos; (ii) envolvendo repetidas operações vinculadas a contrato. Tais hipóteses legais não verificam no caso concreto. Tais hipóteses legais não verificam no caso concreto. Da mesma forma, a hipótese prevista no inciso II do artigo 298 também não se verifica, pois trata de hipótese específica de responsabilidade pelo recolhimento de ICMS/ST quando as empresas que realizam o serviço de transporte interestadual e intermunicipal possuam vínculo contratual com a empresa contratante - prova não apresentada pela autoridade fiscal ao imputar a acusação, e nem poderia, pois tal hipótese não ocorre no caso concreto.

Entendeu a fiscalização, nesta oportunidade, que: *“o fisco não precisa comprovar a existência de contrato formal entre as empresas contratadas e contratantes. Basta a evidência do compromisso das empresas transportadoras em prestar serviços de forma repetida durante um período prolongado, que pode ser de 6 meses consecutivos ou mais para que fique caracterizada a contratação por prestações continuadas.*

Como se vê, mais uma vez a fiscalização tenta legitimar a autuação fiscal baseada em mera presunção, sem autorização legal para tanto e sem se encarregar do devido ônus probatório. Cabe ao fisco comprovar que houve a ocorrência da infração, indicando os fatos, os motivos e os

fundamentos legais para o devido enquadramento na hipótese legal de incidência imputada como infringida, sob pena de nulidade do ato administrativo e de violação ao princípio do contraditório e do devido processo legal.

Ocorre que, conforme demonstrado, em nenhum momento a fiscalização trouxe aos autos provas de que as empresas prestadoras de serviço de transporte interestadual e intermunicipal possuíam vínculo contratual com a Impugnante – exigência expressamente prevista na legislação, como condição que ensejaria a cobrança do ICMS/ST.

Além disso, a autoridade fiscal, ao justificar o que considera como “repetidas prestações de serviço”, traz critérios subjetivos ou ilações (“*período prolongado, que pode ser de 6 meses consecutivos ou mais*”) que não possuem qualquer respaldo legal. Ainda que fosse possível aceitar tal opinião, o que se admite apenas para fins de argumentação, as operações objeto do lançamento não se enquadram nem, ao menos, nos critérios criados para a acusação. Portanto, tais justificativas não podem ser utilizadas para fundamentar o lançamento fiscal e a constituição do crédito tributário.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- (i) seja acolhida a nulidade da infração nº 02, diante da ausência de fundamento legal, o que por si já torna nulo o lançamento fiscal, além de dificultar o conhecimento da infração imputada, bem como o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, não havendo previsão legal que permita a alteração da capitulação legal da suposta infração e dos motivos determinantes do lançamento;
- (ii) seja reconhecida a nulidade da infração nº 03, pela não subsunção dos fatos à norma imputada como infringida, bem como, pela ausência de provas que comprovem o fundamento da autuação.

Caso superadas as nulidades acima, o que se admite por respeito à argumentação, requer:

- (iii) o cancelamento da autuação em relação à infração nº 02, pois as empresas inscritas neste Estado efetuaram o recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia, representando em enriquecimento ilícito nova cobrança sobre a mesma operação; e
- (iv) o cancelamento da autuação também em relação à infração nº 03, pois nenhuma das hipóteses previstas no artigo 298 ocorreu, uma vez que as transportadoras são inscritas neste Estado, bem como não há qualquer prova nos autos que a Impugnante tenha firmado vínculo contratual.

Finaliza reiterando todos os argumentos da inicial, especialmente que as multas impostas pela fiscalização não podem prosperar à luz do artigo 158 do RPAF/BA, por ausência de dolo, fraude ou simulação, além de possuírem caráter confiscatório, o que é expressamente vedado e protesta pela posterior juntada de documentos comprobatórios em razão do volume das operações autuadas.

O autuante se manifesta às fls. 202 a 207 e reitera os termos da Informação Fiscal prestada anteriormente.

Às fls. 210 a 213 foi anexado extrato emitido pelo Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária emitido por esta secretaria referente ao pagamento efetuado pelo contribuinte nos valores históricos de R\$26.848,62 e R\$2.147,89.

Na sessão de julgamento realizada no dia 05 de maio de 2020, através de vídeo conferência, o patrono legal da empresa, Sr. Olival Mariano Ponte asseverou em relação à infração 02 que ainda existiam operações da empresa MOTOLINER AMAZONAS LTDA que não foram excluídas pelo autuante.

Os membros desta Junta de Julgamento fiscal ao analisar os demonstrativos elaborados pela fiscalização inseridos na mídia de fl. 41 observaram ser pertinente a argumentação do preposto da empresa em relação à mencionada empresa. Além disso, observaram que os documentos

apresentados pelo sujeito passivo em sua peça defensiva tratam-se de cópias de Conhecimentos de Transportes acompanhados de Guia Nacional de recolhimento e tributos estaduais – GNRE/DAEs e respectivos comprovantes de pagamentos bancários, referentes às transportadoras TOMBONI CIA. LTDA e SEEK WAY TRANSPORTE LTDA.

Os membros desta Junta de Julgamento Fiscal ao analisar os demonstrativos elaborados pela fiscalização inseridos na mídia de fl. 41 observaram ser pertinente a argumentação do preposto da empresa. Além disso observaram que os documentos apresentados pelo sujeito passivo em sua peça defensiva tratavam-se de cópias de Conhecimento de Transportes acompanhados de Guia Nacional de Recolhimento e tributos estaduais - GNRE/DAEs e respectivos comprovantes de pagamento bancários referentes às transportadoras TOMBONI CIA. LTDA. e SEEZ WAY TRANSPORTE LTDA., e após análise das planilhas que deram suporte às acusações, verificaram que tais transportadoras estão indicadas nos referidos demonstrativos, razão pela qual decidiram pela conversão do presente PAF em diligência à ASTEC para que fossem tomadas as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado, concedendo o prazo de 30 dias a apresentar demonstrativo nos mesmos moldes do elaborado pela fiscalização indicando **todas** as operações que foram objeto de recolhimento pelas empresas transportadoras, acompanhadas dos respectivos comprovantes de pagamentos.
2. Sendo apresentados os documentos indicados no item acima, e feitas às devidas verificações, indicasse mensalmente os valores que restaram devidamente comprovados os pagamentos, em relação às ambas infrações.
3. Em relação à infração 02, também fossem informados os valores relativos a empresa MOTOLINER AMAZONAS LTDA., estabelecida no Estado da Bahia CNPJ 04.525.822/0013-80, que não foram objeto de exclusão por parte do autuante.

Após a realização da diligência, foi solicitado que a repartição fazendária desse ciência ao autuado e autuante fornecendo-lhes cópias do pedido de diligência, do Parecer e seus anexos, concedendo o prazo de 10 dias, para se manifestarem, querendo.

Em atendimento a diligência foi elaborado o Parecer de nº 011/21, fls. 225 a 228 onde o auditor Edgar Ferreira Pessoa Pereira informou que o autuado foi intimado a apresentar demonstrativo nos mesmos moldes elaborado pela fiscalização indicando todas as operações que foram objeto de recolhimento pelas empresas transportadoras acompanhadas dos respectivos comprovantes de pagamento, bem como informar os valores relativos a empresa MOTOLINEAR AMAZONAS LTDA. que não foram objeto de exclusão por parte do autuante.

Em resposta a intimação foi apresentada manifestação acompanhada de relação dos pagamentos efetuados pela empresa Transmarreco Ltda., e os comprovantes de recolhimento (GNER).

Assevera que mais uma vez a empresa foi intimada, inclusive com a entrega do demonstrativo relativo a infração 02 e em resposta via e-mail foi apresentada mais uma vez uma relação dos pagamentos relativos a empresa Transmarreco Ltda.

Conclui informando ter ficado impossibilitado de atender o quanto solicitado pela Relatora, no que diz respeito à indicação dos valores que restaram devidamente comprovados, em virtude do autuado não ter apresentado o quanto solicitado.

Em relação a empresa MOTOLINEAR AMAZONAS LTDA informa ter excluído as notas fiscais cobradas em duplicidade, conforme demonstrativo de fls. 471 a 480, e apresenta novo demonstrativo de débito relativo à infração 02, no valor de R\$191.730,02, fl. 228.

O autuado foi cientificado via Correios, conforme atesta o Aviso de recebimento-AR, fl. 483, porém não se manifestou.

O Autuante se pronuncia à fl. 485 concordando inteiramente com o Parecer 00011/2021, emitido pela ASTEC.

Na assentada da sessão de julgamento realizada no dia 22/09/2021 o representante legal do autuado Dr. Olival Mariano Ponte alegou que o mesmo não fora intimado e não tivera conhecimento do resultado da diligência realizada pelo autuante.

Os membros desta Junta de Julgamento constataram que a intimação fora remetida ao Dr. Pedro Aragão Pereira, com endereço à Rua Frederico Simões, nº 85, sala 601– Caminho das Árvores, Salvador/BA, o qual, segundo o representante legal não reúne poderes para se manifestar a respeito da diligência, e que sequer lhe encaminhou tal documento, razão pela qual desconhecia o resultado apontado pela diligência.

Em vista do ocorrido o Sr. julgador João Vicente da Costa Neto solicitou vistas do processo e na sessão do dia 23 de setembro de 2021 esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu por nova conversão do presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que fosse procedida nova intimação acerca do resultado da diligência, resultante do Parecer Técnico 011/21 e seus anexos, fls. 225 a 228.

Foi solicitado que a intimação fosse expedida ao autuado, bem como ao seu efetivo representante legal, Dr. Olival Mariano Ponte, OAB/SP nº 227.499, concedendo-lhes o prazo de 30 dias para se manifestar, querendo.

Após o sujeito passivo ter sido cientificado na forma solicitada por esta 4ª JJF o mesmo se manifesta às fls. 507 a 508 inicialmente requer a juntada dos anexos comprovantes de recolhimento do ICMS-ST ao estado da Bahia.

Em seguida esclarece que os valores apontados na diligência fl. 228, tal como lançados na infração 02 do AIIM, e aqueles que constam nas anexas guias de pagamento do ICMS- ST pelas transportadoras dizem respeito ao crédito presumido do ICMS previsto na cláusula primeira do Convênio ICMS 106/1996.

Externa o entendimento de que ainda que se possa cogitar que o ICMS-ST foi recolhido pelo substituído tributário e não pelo substituto, é certo que a obrigação tributária exigida foi extinta pelo pagamento e qualquer nova exigência, tal como impugnada neste Auto de Infração implica em cobrança indevida e enriquecimento ilícito do Estado.

Reitera a necessidade de decretação de nulidade da autuação, pois expressamente a fiscalização admitiu erro material insanável em que incorreu ao lançar o imposto cobrado na infração 02 com fundamento em dispositivo legal que não se subsume aos fatos imputados, ou seja, o artigo 8º, §6º da Lei nº 7.014/96 c/c artigo 332, inciso III, alínea “g”, item 2 do RICMS, o que fere o artigo 142 do CTN e artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do Decreto nº 7.629/1999.

Em sustentação oral o representante legal do autuado Dr. Olival Mariano Pontes Júnior, OAB/SP 227.499, reitera os argumentos defensivos e acrescenta ter anexado na petição de fls. 507 e 508 diversos comprovantes de pagamentos realizados pela empresa Transmarreco Ltda., e quatro da Ravel Serviços de Transportes Ltda.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 774.362,16, relativo a três irregularidades, sendo que a primeira infração foi objeto de reconhecimento pelo contribuinte, inclusive realizando o pagamento do valor total nelas exigido, majorado dos acréscimos legais, consoante fls. 489 a 492 dos autos, logo, não fazendo parte da lide, sendo, portanto, procedente a aludida infração. Sendo assim, a lide se restringe às infrações 02 e 03.

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade arguido pelos patronos do autuado, pois foram preenchidas todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, tendo o sujeito passivo exercido plenamente seu direito ao contraditório e à ampla defesa, inclusive adentrando ao mérito, numa prova cabal de que as acusações fiscais foram perfeitamente entendidas pelo autuado, visto que as infrações foram devidamente documentadas, sendo os seus demonstrativos claros e

inteligíveis.

Ademais, conforme previsto no art. 19 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, “*A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*”.

Em relação à infração 03, o defendente procede alegação de nulidade da autuação por ausência de motivação e documentos que comprovem a ocorrência da infração. De acordo com o seu entendimento, a fiscalização não trouxe provas de existência de vínculo contratual com as empresas que realizaram o serviço de transporte interestadual e intermunicipal, objeto da presente acusação. Para a impugnante, esta falha implicou na impossibilidade do exercício pleno ao direito.

Tal argumento, apesar de ter sido tratado pelo sujeito passivo como motivador de nulidade, observo que se trata de questão de mérito, o que será a seguir apreciado, motivo pelo qual, afasto as nulidades argüidas.

No mérito, as infrações 02 e 03 dizem respeito à falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, realizadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado (Infração 02), e às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal (infração 03).

A defesa se insurge em relação à infração 02, argumentando: (i) que foram incluídas indevidamente as operações realizadas com a empresa “Motoliner Amazonas Ltda.”, em razão da mesma possuir inscrição estadual neste Estado, além da ocorrência em duplicidade de exigência em relação à mesma empresa, pois idênticas operações foram objeto de lançamento também na infração 03; (ii) que os valores remanescentes foram objeto de recolhimento por parte das empresas transportadoras, e que o Estado já recebeu o imposto correspondente àquelas operações, e caso a exigência seja mantida, o Estado estaria recebendo o imposto em duplicidade.

No tocante ao argumento de que a empresa “Motoliner Amazonas Ltda.” possuía inscrição estadual ativa neste Estado, entendo assistir razão ao sujeito passivo, até porque o próprio autuante reconheceu o equívoco e informou ter procedido a exclusão das referidas operações da autuação alterando o valor do débito no mês de setembro de R\$ 20.300,18, para R\$ 14.093,21.

Posteriormente o processo foi convertido em diligência, e através do Parecer ASTEC nº 11/2019 o diligente constatou ainda a existência de operações inseridas indevidamente no demonstrativo elaborado pela fiscalização, nos demais meses, relacionadas à mencionada empresa, e efetuou as devidas exclusões alterando o valor da infração 02 para R\$ 191.730,02, conforme demonstrativo de débito à fl. 228.

Quanto ao segundo argumento defensivo de que as demais empresas transportadoras contratadas recolheram o imposto ora exigido, e a manutenção da infração resultaria cobrança em duplicidade, observo que caso comprovado, no meu entender assistiria razão ao defendente.

Ocorre que na apresentação da defesa foram anexadas cópias de Conhecimentos de Transportes acompanhados de Guia Nacional de Recolhimento e tributos estaduais - GNRE/DAES e respectivos comprovantes de pagamento bancários referentes às transportadoras TOMBONI CIA. LTDA., e SEEZ WAY TRANSPORTE LTDA., porém, não foram indicadas as operações que estariam inseridas nos demonstrativos elaborados pela fiscalização.

Diante destes aspectos, esta JJF decidiu pela conversão do processo em diligência à ASTEC para que fossem tomadas as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado, concedendo o prazo de 30 dias para apresentar demonstrativo nos mesmos moldes do elaborado pela fiscalização, indicando **todas** as operações que foram objeto de recolhimento pelas empresas transportadoras, acompanhadas dos respectivos comprovantes de pagamentos.

2. Sendo apresentados os documentos indicados no item acima e feitas as devidas verificações, indicasse mensalmente os valores que restaram devidamente comprovados os pagamentos em relação a ambas infrações.

Através do Parecer ASTEC nº 11/2019, o diligente informou que o autuado não apresentou o demonstrativo solicitado, indicado no item 1 acima, e limitou-se a apresentar uma relação de pagamentos efetuados pela empresa Transmarreco Ltda., e respectivos comprovantes de pagamento, porém, a citada transportadora não se encontrava relacionada nos demonstrativos elaborados pela fiscalização. Dessa forma, disse que ficou impossibilitado de indicar os valores que restaram comprovados os pagamentos em relação a ambas infrações.

Ocorre que após verificações no citado demonstrativo inserido na mídia de fl. 41, constato a existência de valores referentes à referida transportadora, razão pela qual entendo que devam ser excluídos da presente exigência os valores que restaram devidamente recolhidos pela prestadora do serviço de transporte Transmarreco Ltda., de acordo com as cópias das Guias Nacionais de Recolhimentos de Tributos Estaduais – GNRE, acompanhados dos respectivos comprovantes de recolhimentos efetuados por instituições financeiras, anexadas pelo defendente ao tomar conhecimento do resultado da diligência, fls. 513 a 711, totalizando o montante de R\$ 83.424,96.

Não acato o argumento defensivo trazido pelo impugnante ao tomar conhecimento da diligência realizada pela ASTEC, de que a diferença por acaso ainda existente, deve-se ao fato das empresas transportadoras terem se utilizado para pagamento do ICMS-ST do crédito presumido de ICMS previsto na cláusula primeira do Convênio ICMS 106/1996, pois em se tratando de ICMS-ST, o valor a ser recolhido através de Guia de Recolhimento de Tributos Estaduais deveria ser o destacado nos conhecimentos de transportes, sem qualquer concessão de crédito.

Ademais, no levantamento inicial constam operações referentes a outras transportadoras, a exemplo de Expresso Brasil Transporte e Logística Ltda., Ravel Transportes, Tomboni & Cia. Ltda., e não foram trazidos aos autos quaisquer comprovantes de recolhimentos relativos às referidas prestadoras de serviços.

Por exemplo, no mês de agosto de 2016 estão sendo exigidos valores relativos a 67 operações, sendo que 61 se referem à transportadora Expresso Brasil Transporte e Logística Ltda., cujos pagamentos não foram comprovados, e apenas 04 da Transmarreco Ltda.

Também constato que apesar do preposto da empresa ter afirmado em sustentação oral que ao se manifestar sobre o resultado da diligência realizada pela ASTEC também anexou quatro comprovantes de pagamentos relativos à empresa Ravel Serviços de Transportes Ltda., tal fato não restou comprovado, conforme se verifica nos documentos por ele apresentados às fls. 512 a 711.

Dessa forma, acolho os ajustes efetuados pelo auditor diligente lotado na ASTEC, no que diz respeito às exclusões relativas às operações realizadas pela transportadora “Motoliner Amazonas Ltda.”, conforme demonstrativo de fl. 228, e também os valores anteriormente mencionados, referentes aos recolhimentos efetuados pela empresa Transmarreco Ltda., resultando no valor a ser exigido de R\$ 108.313,16, conforme a seguir:

Data	Vlr. Diligencia	Vlr. Recolhido- GNREs	Diferença
jan/15	5.726,10	4.580,88	1.145,22
fev/15	6.814,77	3.897,60	2.917,17
mar/15	7.864,85	1.920,00	5.944,85
abr/15	10.255,35	5.566,48	4.688,87
mai/15	9.468,00	6.614,40	2.853,60
jun/15	11.136,00	8.908,00	2.228,00
jul/15	4.904,64	3.868,80	1.035,84
ago/15	4.513,48	2.716,80	1.796,68
set/15	7.840,92	5.504,74	2.336,18
out/15	6.333,25	4.281,60	2.051,65
nov/15	6.297,25	4.636,80	1.660,45
dez/15	5.433,17	3.605,20	1.827,97

jan/16	4.559,95	3.204,20	1.355,75
fev/16	7.740,00	5.366,40	2.373,60
mar/16	13.997,74	6.636,76	7.360,98
abr/16	8.040,24	3.722,40	4.317,84
mai/16	5.707,65	1.682,18	4.025,47
jun/16	2.525,25	-	2.525,25
ago/16	11.490,81	2.186,22	9.304,59
set/16	14.093,21	1.769,59	12.323,62
out/16	10.704,84	908,38	9.796,46
nov/16	15.074,69	1.847,53	13.227,16
dez/16	11.215,86	-	11.215,86
Totais	191.738,02	83.424,96	108.313,06

Assim sendo, a infração 02 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 108.313,06.

No respeitante à infração 03, o sujeito passivo se centrou em dois argumentos: o primeiro diz respeito à alegação de que se encontrava desobrigado de efetuar a retenção do imposto, em face da inexistência de vínculo contratual com as empresas transportadoras (art. 298, II do RICMS/BA), o que entendo, que na situação sob análise não assiste razão ao autuado, pois a fiscalização procedeu de acordo com a orientação da DITRI, constante do Parecer nº 17.445/2012, que assim expressa: *“Tem-se, portanto, que a imposição da responsabilidade tributária estabelecida no RICMS-BA/12, art.298, inciso II, independe da formalização de contrato. Assim sendo, a conclusão é no sentido de que, nas sucessivas prestações de serviço de transporte de passageiros tributadas, vinculadas a contrato informal, cabe ao tomador de serviço inscrito no cadastro de contribuintes deste Estado na condição de normal, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido”*.

Assim, após análise das planilhas que dão sustentação à acusação, observo que durante os exercícios de 2015 e 2016 foram realizadas sucessivas operações de prestações de serviços de transportes, com 05 transportadoras a saber: Seek Way Transportes Ltda; CD Logística; Cooperativa de Transporte de carga de Santa Catarina – Coopercarga e Motolinear Amazonas Ltda., o que a meu ver configura habitualidade das prestações de serviços de transporte continuados, situação que ultrapassa a necessidade do contrato formal, como arguido pelo autuado, para que este pudesse se sujeitar à exigência estabelecida no inciso II, art. 298 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, vigente à época dos fatos geradores que a seguir reproduzo:

“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:”

II - que envolva repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato.

Em relação ao segundo argumento, que diz respeito aos valores que teriam sido objeto de recolhimento por parte das empresas transportadoras, o que resultaria em *“bis in idem”*, ou seja, o recolhimento devido pelas operações de serviço de transporte das mercadorias/produtos duas vezes aos cofres do Estado, indo de encontro à legislação pertinente, não restou comprovado, visto que os documentos apresentados são insuficientes para tal confirmação, apesar do processo ter sido convertido em diligência, porém, não foram atendidas as solicitações do fiscal lotado na ASTEC, já que a defendente se limitou a apresentar comprovantes de recolhimentos referentes à empresa Transmarreco Ltda., e a mesma não se encontra relacionada no demonstrativo que deu sustentação à presente exigência. Infração totalmente subsistente.

No que tange à arguição de desproporcionalidade do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa, saliento que a multa aplicada encontra-se prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, de acordo com o disposto no art. 167 I do RPAF-BA.

Em relação ao pedido de cancelamento da multa lançada no percentual de 60% do imposto, cumpre observar, que por se tratar de multa de descumprimento de obrigação principal, esta

Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para tal apreciação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor total de R\$ 684.734,72, devendo ser homologados os valores cujos pagamentos foram efetuados pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207140.0004/19-4**, lavrado contra **JACOBS DOUWE EGBERTS BR COMERCIALIZAÇÃO DE CAFÉS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 684.734,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, alíneas “f” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos, conforme documentos constantes dos presentes autos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR