

A. I. N° - 269136.0008/21-9
AUTUADO - J MACEDO S/A
AUTUANTE - TEODORO DIAS JÚNIOR
ORIGEM - DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07/06/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0078-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO OU NÃO INSCRITO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Alegações defensivas restaram comprovadas e foram acolhidas, acertadamente, pelo autuante que, na Informação Fiscal, refez os cálculos resultando na redução do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 852.823,43, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Infração 01 - 007.009.002: Reteve e recolheu a menor o 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.*

Consta adicionalmente o seguinte registro: *Nos meses de março de 2018 a dezembro de 2019, a empresa reteve e recolheu a menor o ICMS referente à Substituição Tributária sobre Prestações de Serviços de Transporte por ela contratadas, em desacordo com o disposto nos Art. 298 e Art.332, inciso XIII, alínea “b” do RICMS aprovado pelo Dec. 13.780/12. Trata-se de prestações de transporte interestaduais repetidas, contratadas junto à empresa Log-in Logística Intermodal S.A., CNPJ 42.278.291/0012-87, onde não houve comprovação de recolhimento do restante do ICMS devido, sendo que a autuada figurou como tomadora do serviço. Demonstrativos desta Fiscalização e Extratos de Recolhimento do ICMS constam em Anexo.*

Período de ocorrência: março, abril, junho a dezembro de 2018, janeiro a julho, outubro a dezembro de 2019.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Impugnação (fls. 29 a 39 dos autos). Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Sustenta que a autuação não merece prosperar.

Alega falha no procedimento fiscal.

Diz que na lavratura dos Autos de Infração nºs 2691360008/21-9 e 2691360007/21-2, a metodologia utilizada pelo autuante foi falha e omissa, acarretando verdadeira nulidade por deficiência de fundamentação.

Alega que o autuante limitou-se a extrair todos os CTES emitidos contra a empresa no período autuado, aplicando uma alíquota geral de 12% e encontrando um montante genérico e abatendo dele o valor recolhido. Diz que tal fato pode ser verificado pelos demonstrativos anexos à autuação, principalmente pela planilha “ICMS ST retido e recolhido a menor_resumo”.

Aduz que o autuante deixou de analisar o conteúdo dos referidos CTES, os emitentes, as operações cobertas por eles e a própria legislação que rege a substituição tributária do transporte.

Assevera que dessa diligência mínima acabou por acarretar um levantamento com diversas falhas, entre elas:

1. *Autuação de CTEs emitidos para mero controle em operações multimodais (CST 041), que não fazem jus ao destaque do imposto;*
2. *Apuração incorreta do imposto devido, em razão de dupla inclusão do ICMS na própria base;*
3. *Ausência de verificação da opção pelo crédito presumido manifestada pela transportadora nos próprios CTEs autuados, o que minoraria o valor do ICMS a ser retido;*
4. *Ausência de verificação quanto à origem dos serviços, tendo em vista que parte dos transportes se iniciaram em outros estados e, portanto, o imposto não é devido ao Estado da Bahia;*
5. *Ausência de verificação de parte das operações tiveram como prestadores empresas do simples com inscrição estadual, razão pela qual a retenção não era devida;*
6. *Ausência de verificação de que parte dos CTEs foram emitidos para mero faturamento por empresas subcontratadas (de modo que a responsabilidade do imposto era da transportadora subcontratante, não da Impugnante);*

Pontua que especificamente quanto as duas falhas em **negrito** são flagrantes.

Afirma que a ausência de análise dos CTEs arrolados na autuação ou da verificação das operações ensejou ausência de provas e fundamentação mínimas para a acusação fiscal.

Conclusivamente, diz que por essa razão, o Auto de Infração deve ser declarado nulo.

Reporta-se sobre a impossibilidade de exigência de ICMS sobre CTEs emitidos para controle – CST n. 41.

Diz que conforme antecipado, nota-se que, entre as operações listadas como irregulares, estão aquelas em que o CTE foi emitido somente para controle do transportador-CST no. 41 – e, portanto, não devem sofrer a incidência do ICMS.

Explica que como é cediço, o transporte multimodal de cargas é aquela operação regida por um só contrato, sob a execução e responsabilidade do Operador de Transporte Multimodal – OTM, e que se utiliza de duas ou mais modalidades de transporte. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 2º, Parágrafo único, da Lei 9.611/98.

Acrescenta que além do transporte em si, a operação compreende diversos outros serviços, como movimentação, armazenagem e entrega de carga ao destinatário, bem como a realização de quaisquer outros correlatos que forem contratados entre a origem e o destino.

Assinala que ao tratar sobre a prestação do referido serviço de transporte, o Ajuste SINIEF 09/07, com ajustes do Ajuste SINIEF 10/2016, disciplina que nos casos de trecho de transporte efetuado pelo próprio OTM, deverá ser emitido CTE para mero controle da operação, ou seja, sem qualquer incidência do ICMS. Reproduz a cláusula primeira do Ajuste SINIEF 09/07.

Diz que a análise da planilha utilizada pela fiscalização se percebe que diversos CTEs autuados foram emitidos vinculados a um serviço multimodal e serviram para mero controle, de forma que se encontravam em completa consonância às exigências dispostas na legislação. Apresenta como exemplo o CTE 6683 (doc. 03).

Afirma que essa situação se repete em grandíssima parte da autuação, conforme se verifica por meio da planilha (Doc. 05) que elaborou com base no Demonstrativo Fiscal. Acrescenta que são CTEs emitidos para mero controle (CST n. 41) em trechos de operações multimodais, que não dão origem a qualquer incidência de ICMS, já destacado e recolhido por meio do documento fiscal que abarca toda a prestação, razão pela qual a autuação, também nessa parte, não se sustenta.

Reporta-se sobre a majoração indevida – Utilização de base de cálculo com ICMS já duplamente incluso.

No que concerne aos demais CTEs, que não se enquadram na situação de “não incidência” acima referida, diz que o autuante ao apurar o valor devido sobre as operações objeto da autuação, acabou por realizar uma dupla inclusão do ICMS da própria base.

Alega que o autuante, inicialmente, extraiu dos CTES objeto da autuação os valores que constavam no campo “Valor da Prestação”, os quais, naturalmente, haviam sido calculados com o ICMS “por dentro”, já que serviram de base para o imposto destacado nesses documentos fiscais.

Acrescenta que o autuante utilizou, ainda, a alíquota de 12%, sem verificar se esta seria a alíquota correta, em vez de 9,6% efetivamente exigidos, em razão do regime de crédito presumido, para realizar uma nova inclusão do imposto na própria base, encontrando um valor majorado que, naturalmente, acarretou a conclusão, incorreta, de que o imposto foi recolhido a menor. Neste sentido, apresenta o exemplo do CTE nº 5608 (doc. 04), cuja chave de acesso é 29191242278291001287570060000056081062232135, cujo valor total do serviço é de R\$ 681,82.

Alega que como é cediço, sobre esse valor já está incluso o ICMS devido na operação que, por sua vez, perfaz R\$ 65,46, aplicando-se a alíquota de 9,6%, decorrente do crédito presumido da operação.

Alega, ainda, que como se não fosse suficiente o ICMS já embutido, no levantamento fiscal o autuante utilizou como base de cálculo do imposto supostamente devido o montante de R\$ 774,80, que representa a adição da alíquota interestadual de 12% sobre R\$ 681,82.

Sustenta que diante dessas razões, imperioso se faz reconhecer que o levantamento está eivado de incertezas, de modo que a autuação merece reparos.

Ressalta que anexa planilha detalhada (Doc. 05), já mencionada no tópico anterior, segregada por cores - em que as colunas brancas são extraídas do Demonstrativo Fiscal e as colunas coloridas indicam a apuração considerada correta pela empresa - por meio da qual se pode notar este e os demais erros tratados a seguir.

Reporta-se sobre a cobrança de alíquota equivocada – existência de crédito.

Diz que é notório que o autuante, no momento do levantamento, não observou a opção de utilização de créditos presumidos pelas transportadoras que realizaram as operações contidas no Auto de Infração.

Observa que o autuante apurou os valores que considerou como não retidos e aplicou a alíquota interestadual de 12%, contudo a referida medida foi efetivada em completo desacordo com a legislação vigente.

Explica que conforme art. 270, III, “b”, do RICMS/BA, a transportadora poderá por utilizar-se do crédito presumido, que concede o direito de creditar-se em 20% sobre todas as operações, dessa forma, possuindo o direito de abater a presunção de crédito da alíquota incidente na operação, situação que deve obedecer ao art. 298, § 3º, II do RICMS/BA, cuja redação reproduz.

Consigna que assim sendo, para cálculo do imposto efetivamente devido na operação, deve ser aplicado o desconto de 20% sobre o referido ICMS, de forma que a alíquota efetiva da situação seja de 9,6%.

Salienta que essa redução no ICMS devido, naturalmente, pode ser aproveitada pelo Contribuinte tomador do serviço de transporte, responsável, em substituição tributária, pelo seu recolhimento. Reproduz o art. 298 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12.

Acrescenta que além disso, nos CTES objeto da autuação, verifica-se a manifesta opção da transportadora por esse regime de crédito presumido, o que é feito com base na exigência trazida pelo art. 298, § 5º, III do RICMS/BA, conforme CTE n. 5608, contudo o autuante utilizou a alíquota interna integral, não abatendo o crédito presumido mencionado do valor considerado como devido. Neste sentido, apresenta planilha

Conclusivamente, diz que diante do seu direito de se utilizar do crédito presumido da operação, resta nítido que a autuação é falha e merece ser julgada improcedente.

Finaliza a peça impugnatória requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência. Requer, ainda, que todas as intimações, notificações e demais atos processuais

sejam realizados em nome do advogado Francisco Alexandre dos Santos Linhares, inscrito na OAB/CE sob o n. 15.361, com escritório profissional localizado na Avenida Santos Dumont, n. 2.456, 16º andar, CEP 60.150-162, Aldeota – Fortaleza – Ceará.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 97/98). No tocante à alegação defensiva de que, *...entre as operações listadas como irregulares, estão aquelas em que o CTE foi emitido somente para controle do transportador-CST no. 41 – e, portanto, não devem sofrer com a incidência do ICMS*, consigna que acolhe a justificativa apresentada pelo impugnante e suprimiu as operações pertinentes da planilha elaborada no trabalho fiscal, que anexa.

Ressalta que o impugnante não levantou questionamento a respeito desse tema específico durante o período da Auditoria, apenas apresentando esta alegação agora, por ocasião da Impugnação.

No que tange à alegação do impugnante de que de *...majoração indevida – Utilização de base de cálculo com ICMS já duplamente incluso* e *...cobrança da alíquota equivocada – existência de crédito*, consigna o autuante que após verificação da documentação acostada, acolhe a justificativa apresentada e que fez as devidas alterações nas duas planilhas, ou seja, sintética e analítica, que elaborou.

Salienta que na planilha cujo arquivo Excel é intitulado “*ICMS retido e recolhido a menor_Lista_Log-In_VERSÃO CORRIGIDA*” reconsiderou a Base de Cálculo como sendo igual ao valor da operação, conforme explicação oferecida pelo impugnante e com a qual concorda após verificação. Acrescenta que além disso, aplicou o percentual de 9,6 %, resultante da adoção do crédito presumido pela transportadora. Diz, ainda, que refez o cálculo mensal dos valores devidos e os transportou para a planilha cujo arquivo Excel é intitulado “*ICMS retido e recolhido a menor_Resumo_VERSÃO CORRIGIDA*”.

Esclarece que nessa última planilha, reinseriu os valores nos campos em amarelo (A1, C1 e D1), recalculando os valores devidos, que, após todas as correções, totalizaram a importância de R\$ 129.305,59.

Assinala que as planilhas acima referidas foram anexadas, sendo que a Planilha analítica cujo arquivo é intitulado “*ICMS retido e recolhido a menor_Lista_Log-In_VERSÃO CORRIGIDA*” está acostada apenas em meio magnético (CD), enquanto a outra planilha cujo arquivo Excel é intitulado “*ICMS retido e recolhido a menor_Resumo_VERSÃO CORRIGIDA*” está acostada tanto em meio magnético (CD) como na versão impressa.

Intimado via postal (AR) no endereço profissional do seu advogado (fls. 101/102), assim como via DT-e (fl.103) no seu endereço cadastrado na SEFAZ/BA, o Contribuinte não se manifestou.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do autuado, advogado Joaquim Victor.Bezerra Magalhães OAB/CE 49.679.

VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado efetuou retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais.

Conforme registro adicional feito pelo autuante no campo destinado a descrição da infração, no período objeto da autuação, ou seja, março, abril, junho a dezembro de 2018, janeiro a julho, outubro a dezembro de 2019, o autuado reteve e recolheu a menor o ICMS referente à Substituição Tributária sobre Prestações de Serviços de Transporte por ele contratadas, em desacordo com o disposto nos art. 298 e art.332, inciso XIII, alínea “b” do RICMS/BA/12. Decreto n. 13.780/12, tratando-se de prestações de serviço de transporte interestaduais repetidas, contratadas junto à empresa Log-in Logística Intermodal S.A., CNPJ 42.278.291/0012-87, onde não houve comprovação de recolhimento do restante do ICMS devido, sendo que o autuado figurou como tomador do serviço.

Inicialmente, cabe consignar que não vislumbro no lançamento de ofício em exame qualquer falha ou vício que o invalide. As falhas aduzidas pelo impugnante em nada cercearam o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, registre-se, exercido plenamente. Os elementos elaborados pelo autuante - peça acusatória inicial, demonstrativos/planilhas - foram entregues ao autuado que, detalhadamente, apontou todos os tópicos sobre os quais consignou o seu inconformismo quanto à exigência fiscal.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, capaz de inquinar de nulidade o ato de lançamento em questão.

No mérito, o artigo 298 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, dispõe:

Art. 298. São sujeitas à substituição tributária por retenção as prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste estado na condição de normal, e desde que realizadas por:

[...]

II – empresa transportadora não inscrita neste estado, ainda que optante pelo Simples Nacional;

Já o artigo 332, inciso XIII, alínea “b”, do mesmo diploma regulamentar acima referido estabelece:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

[...]

XIII - até o dia 15 do mês subsequente:

[...]

b) ao da prestação de serviço de transporte em que seja atribuída a terceiro a responsabilidade pela retenção do imposto;

A questão de que cuida o presente Auto de Infração não diz respeito a se cabe ou não ao autuado a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às prestações de serviço de transporte interestaduais contratadas junto à empresa Log-in Logística Intermodal S.A., CNPJ 42.278.291/0012-87. O cerne da questão reside no fato de a Fiscalização entender que houve recolhimento a menos do imposto enquanto o autuado sustenta que o autuante incorreu em falha no procedimento exigindo valor superior ao efetivamente devido.

O impugnante em suas razões sustenta que o autuante incorreu em falhas, no caso:

- i) autuação de CTES emitidos para mero controle em operações multimodais (CST 041), que não fazem jus ao destaque do imposto;
- ii) apuração incorreta do imposto devido, em razão de dupla inclusão do ICMS na própria base;
- iii) ausência de verificação da opção pelo crédito presumido manifestada pela transportadora nos próprios CTES autuados, o que minoraria o valor do ICMS a ser retido;
- iv) ausência de verificação quanto à origem dos serviços, tendo em vista que parte dos transportes se iniciaram em outros estados e, portanto, o imposto não é devido ao Estado da Bahia;
- iv) ausência de verificação de parte das operações tiveram como prestadores empresas do simples com inscrição estadual, razão pela qual a retenção não era devida;
- v) ausência de verificação de que parte dos CTES foram emitidos para mero faturamento por empresas subcontratadas (de modo que a responsabilidade do imposto era da transportadora subcontratante, e não da Impugnante).

Verifico que na Informação Fiscal o autuante acolheu as alegações defensivas e esclareceu que na planilha denominada *ICMS retido e recolhido a menor_Lista_Log-In_VERSÃO CORRIGIDA*, reconsiderou a base de cálculo como sendo igual ao valor da prestação, conforme explicação dada pelo impugnante e aplicou o percentual de 9,6 %, resultante da adoção do crédito presumido pela transportadora, assim como, que refez o cálculo mensal dos valores devidos e os transportou para a planilha denominada *ICMS retido e recolhido a menor_Resumo_VERSÃO*

CORRIGIDA, sendo que nesta planilha, reinseriu os valores nos campos em amarelo (A1, C1 e D1), recalculando os valores devidos, que, após todas as correções, totalizaram o montante de R\$ 129.305,59.

Cabível observar que, no presente caso, houve a intimação via postal (AR) no endereço profissional do advogado (fls. 101/102), com recebimento em 18/10/2022, assim como via DT-e (fl.103) no endereço do Contribuinte constante no cadastro da SEFAZ/BA, com ciência em 28/02/2023, contudo não houve manifestação quanto ao resultado apresentado pelo autuante na Informação Fiscal.

Diante do exposto, acorde com o resultado trazido pelo autuante na Informação Fiscal, a infração é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$ 129.305,59, conforme novo demonstrativo elaborado pelo autuante.

Por derradeiro, no tocante ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de que todas as intimações, notificações e demais atos processuais sejam realizados em nome do advogado Francisco Alexandre dos Santos Linhares, inscrito na OAB/CE sob o n. 15.361, com escritório profissional localizado na Avenida Santos Dumont, n. 2.456, 16º andar, CEP 60.150-162, Aldeota – Fortaleza – Ceará, cumpre observar que inexistente óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda a solicitação, contudo, saliento, que as formas de intimação do Contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99, não implicando nulidade do ato o não atendimento.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269136.0008/21-9, lavrado contra **J MACEDO S/A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 129.305,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR