

PROCESSO	- A. I. Nº 279463.0001/02-6
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CIMENTO BRUMADO S/A. (COMPANHIA DE MATERIAIS SULFUROSOS MATSULFUR)
RECORRIDOS	- CIMENTO BRUMADO S/A. (COMPANHIA DE MATERIAIS SULFUROSOS MATSULFUR) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0194-04/02
ORIGEM	- INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 11.03.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0017-12/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a.1)** MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Excluídas da autuação as parcelas referentes as aquisições para o Ativo Imobilizado, a partir de 01/11/96. Modificada, parcialmente, a Decisão Recorrida. **a.2)** IMPOSTO RETIDO SOBRE FRETES. O crédito fiscal referente aos serviços de transportes tomados, relativamente às operações com cláusula FOB, somente pode ser utilizado pelo destinatário das mercadorias. Mantida a Decisão Recorrida. **a.3)** DOCUMENTOS FISCAIS NÃO APRESENTADOS. Infração não comprovada. **b)** FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS OBJETO DE QUEBRA ANORMAL. Infração não caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. RETENÇÃO DO IMPOSTO A MENOS. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO. OPERAÇÃO A PREÇO FOB. NÃO INCLUSÃO DO VALOR DO FRETE NA BASE DE CÁLCULO PARA A SUBSTITUIÇÃO. Tratando-se de operações sujeitas às regras de retenção do imposto através de substituição tributária, a margem do valor agregado estipulada leva em consideração o valor do frete vinculado às etapas subsequentes da circulação das mercadorias. Infração não caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício NÃO PROVADO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVADO. Decisão não unânime em relação ao item 1, e unânime quanto aos itens 2 e 3.

RELATÓRIO

Referem-se a Recurso de Ofício e a Recurso Voluntário apresentados, respectivamente, pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 0194-04/02 originário da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência.

Originalmente o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o pagamento de ICMS no valor de R\$797.256,59, mais multa de 60%, relativamente às seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de materiais para uso ou consumo – R\$236.072,85;
2. Idem, referente ao imposto retido sobre fretes, nas vendas e transferências a preço FOB – R\$444.059,84;
3. Falta de retenção e de recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a serviços de transportes (fretes) efetuados por autônomos, em decorrência da não inclusão dos mesmos na base de cálculo da substituição tributária – R\$11.043,03;
4. Falta de estorno de crédito fiscal utilizado, referente a mercadorias que foram objeto de quebra anormal – R\$34.609,59;
5. Utilização indevida de crédito fiscal em face da não apresentação dos documentos comprobatórios – R\$71.471,38.

A 4^a JJF decidiu a lide fundamentada no Voto abaixo reproduzido:

“Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade do presente lançamento, feito pelo autuado na sua peça defensiva, pelos seguintes motivos:

1. *Constatou que não está caracterizada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.*
2. *O pedido do autuado com base no artigo 18, IV, “a”, do mesmo RPAF, não tem procedência. Conforme ficará esclarecido na análise individual das infrações, todas elas ficaram suficientemente demonstradas.*
3. *Os elementos de prova estão presentes no processo, devidamente anexados pelo autuante.*
4. *A alegação de que não foram aplicados os princípios que elencou não ficou caracterizada. O princípio da legalidade foi respeitado pois o lançamento foi efetuado por servidor competente para tal, devidamente autorizado através de ordem de serviço, tendo o mesmo agido em conformidade com as disposições legais que regem a forma de constituição do crédito tributário. Os princípios da impensoalidade, da publicidade e da eficiência, foram alegados como ofendidos, sem pontuação dos motivos. Quanto ao princípio da moralidade, não foi ofendido da forma como quer fazer crer o autuado. É que não ficou comprovado que o autuante agiu fora da ética, direcionando sua ação para perseguí-lo. Pelo contrário, volto a repetir, todo o trabalho foi desenvolvido dentro das rotinas administrativas praticadas pela SEFAZ e por seus servidores.*

Quanto às questões de mérito, da análise das peças e comprovações que compõem o presente processo, observo:

Infração 1. Os valores exigidos pelo fisco como sendo créditos fiscais utilizados indevidamente foram destacados nos documentos fiscais emitidos pelo próprio autuado, no exercício de 1999: Notas Fiscais Modelo 1, utilizadas como de entradas, de nºs 23, 31, 35, 36 e 49 (fls. 9 a 13). Nos referidos documentos está consignado que foram emitidos de acordo com o artigo 93, I, “b”, V, “a” e § 1º, I, “a”, “b” e “c”, do RICMS/96 e 97. Embora o autuante não tenha demonstrado, através da anexação de cópia dos Livros de Registro de Entradas e de Registro de Apuração do ICMS, que o autuado utilizou tais créditos, este fato não foi contestado pelo mesmo que, pelo contrário, reconhece a utilização.

O autuado pecou na forma de utilização dos referidos créditos fiscais. Primeiramente porque a legislação não o autoriza à emissão dos documentos, na forma como foram emitidos. Segundo, porque confessou, nos próprios documentos, que se tratava de materiais para uso ou consumo, através dos relatórios nos quais a emissão dos mesmos está baseada (fls. 33 a 240). O reconhecimento por parte do autuado, em documentos que expediu, de que os materiais são destinados a uso ou consumo, dispensa a identificação e discussão sobre o local de aplicação, a finalidade, a essencialidade, etc, relativamente aos materiais adquiridos. A legislação fiscal vigente veda a utilização de créditos fiscais relativamente às aquisições para uso ou consumo do estabelecimento, independentemente da aplicação do princípio da não cumulatividade. Este Tribunal Administrativo não tem competência para discutir inconstitucionalidades da legislação vigente.

O autuado também se equivoca quanto a aplicação do conceito de consumidor final, contido no Código de Defesa do Consumidor, para a discussão relativamente ao tema. É que aquele código regula as relações entre os consumidores e os seus fornecedores, não se referindo às relações entre o Estado e seus contribuintes.

Quanto à Súmula que atribui ao STJ, deixo de considerá-la, pois relativamente ao ICM, imposto outro que não o ICMS, que é o objeto da presente exigência.

Entendo que a infração está caracterizada e documentalmente comprovada.

Infração 2. Os valores exigidos como sendo créditos fiscais utilizados indevidamente, foram destacados nos documentos fiscais emitidos pelo próprio autuado, respectivamente em 30.09.2000 e 30.10.2000: Notas Fiscais Modelo 1, utilizadas como de entradas, de nºs 141 e 149 (fls. 243 e 244). São referentes a créditos extemporâneos, relativamente a fretes realizados por autônomos (Frete FOB), conforme levantamento, com base no artigo 94, I, “a” a “c” – Planilha à folha 245. Os valores constantes da planilha foram corrigidos monetariamente, com base na variação da UFIR. Segundo posso aferir, trata-se de valores de fretes sobre operações “FOB”, cujo imposto foi retido pelo autuado, conforme reconhece na defesa. Todavia, o dispositivo legal citado como base para o levantamento determina, expressamente, que os créditos fiscais decorrentes dos referidos serviços podem ser utilizados pelo destinatário, sem distinção de serem relativos a operações de vendas ou de transferências. Dessa forma, não poderiam os mesmos serem utilizados pelo estabelecimento remetente. Ainda, a legislação fiscal veda a atualização monetária de créditos fiscais utilizados extemporaneamente, mesmo que o usuário tenha direito a eles (§ 2º, do artigo 93, do RICMS/97).

A exigência referente a este item é subsistente.

Infração 3. A exigência fiscal fica caracterizada como retenção a menor do imposto devido por substituição tributária, por falta de inclusão, na base de cálculo, de despesas conhecidas pelo remetente, de responsabilidade do adquirente: fretes efetuados por autônomos. Mesmo sendo as operações realizadas com o transporte com cláusula FOB, sendo o valor dos fretes conhecidos no momento da emissão do documento, deve o mesmo ser incluso na base de cálculo para fins de substituição tributária pois, nesse caso, não se aplica a exceção prevista no § 1º, do artigo 61, do RICMS/97, que o autuado esqueceu de citar. O Acórdão JJF 2093-01/01 não serve de apoio às alegações do autuado pois aquela decisão versa sobre situação diversa da presente.

Entendo que a infração está caracterizada, já que os valores não foram contestados pelo autuado.

Infração 4. Não tem procedência a reclamação do autuado de que o autuante não considerou os Boletins de Produção que emitiu e disponibilizou. Os mesmos foram objeto de consideração pelo autuante e estão anexados ao processo (fls. 278, 280, 283 e 285). Se outros relatórios existiam e não foram considerados, como alegou o autuado, tal existência não restou comprovada. Os números do levantamento não foram contestados pelo autuado que pautou sua defesa na análise de princípios do direito.

A acusação de ocorrência de quebra anormal, todavia, não resta comprovada. O autuante a partir da quantidade processada de “clinker”, baseado em índices de produção a partir daquele componente, projetou a quantidade produzida de cimento (produto final). A partir desta quantidade, realizou o levantamento quantitativo de estoques, apurando que ocorreram saídas de mercadorias sem notas fiscais. Voltou à matéria prima, e alegou quebra anormal, em desconformidade com os demonstrativos de apuração (fl. 277), que refletem o levantamento quantitativo de estoques.

Verificadas as diferenças (saídas sem notas fiscais), sobre a produção apurada, constato que aquelas representam, percentualmente: Exercício de 1998: 1,57%; Exercício de 1999: 2,04% e Exercício de 2000: 0,21%. Tais índices, salvo estudos mais aprofundados, são compatíveis com quebras ocorridas na manipulação de muitos dos produtos industrializados, ou mesmo ocorridas no processo de fabricação.

No meu entendimento a infração apontada não ficou caracterizada, não podendo subsistir. As quebras encontradas, no levantamento quantitativo de estoques, não são suficientes para determinar a infração imputada ao autuado, pois o roteiro seguido não foi próprio.

Infração 5. Foi elidida pelo autuado com a apresentação das notas fiscais de nºs 7444 a 7448 (fls. 311 a 315), que mereceram, inclusive, a acolhida do autuante, quando da informação fiscal.

Para concluir, rejeito o pedido de revisão e não solicito a realização de diligência porque, com base no artigo 147, I, “a”, do RPAF/99, as informações contidas no presente processo foram suficientes para a formação da minha convicção. Os motivos alegados pelo autuado na conclusão de sua defesa, para solicitar a revisão, também não merecem a minha acolhida, porque: a) como justifiquei na análise do mérito, desnecessário é apurar o local da aplicação, a finalidade e a essencialidade dos produtos considerados para uso ou consumo; b) se algum dos produtos inclusos no levantamento foi destinado ao ativo imobilizado, deveria o autuado ter apontado qual, ao invés de registrar uma simples insinuação, sem comprovação. Entendo que não cabe a este Relator determinar a produção de provas em favor do contribuinte; c) se houve ou não utilização de créditos fiscais pelos destinatários (infração 2), este fato não será suficiente para conferir, ao remetente, direito aos mesmos, conforme analisado anteriormente, e d) a apuração de percentuais de produção, face à análise do mérito favorável ao contribuinte, torna-se desnecessária.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, no valor de R\$691.175,72, referente às infrações subsistentes, de nºs 1 a 3”.

Em consequência da Decisão acima, a 4^a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00, enquanto que o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário nos termos a seguir sintetizados.

Preliminarmente suscita a Nulidade do Auto de Infração onde afirma não se conformar com os fundamentos utilizados pelo o Sr. Relator da 1^a Instância para rejeitar o pedido de revisão e realização de diligência que formulou, afirmando que o julgador administrativo deve agir de ofício para apurar qualquer fato obscuro nos autos do processo mediante a determinação de diligências, não podendo impor ao sujeito passivo a inversão desse ônus.

Com base nesse argumento suscita que a consequência imediata nesse caso era a Declaração de Nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18, IV, alínea “a”, do RPAF-BA por entender que a peça fiscal não está lastreada das provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos, razão pela qual requer a reforma da Decisão recorrida para julgar Nula a peça fiscal ou, determinar a revisão do lançamento para que se promova a investigação circunstanciada dos fatos.

Em relação ao mérito, argüi quanto a infração 1, que não houve investigação para especificar os bens e produtos adquiridos classificados como de uso e consumo, dificultando o exercício do direito da ampla defesa e do contraditório, inexistindo a individualização de tais bens e que os valores dos créditos extemporâneos compensados não são os mesmos compensados na peça fiscal.

Aduz que em nenhum instante reconheceu que esses produtos são de uso e consumo e que por erro, assim os identificou inicialmente, sendo que, em etapa posterior, ao constatar o erro promoveu a compensação dos créditos e da respectiva importância recolhida indevidamente sob a rubrica de diferencial de alíquota. Afirma que este fato não autorizava a autoridade administrativa a presumir que os produtos eram para uso e consumo, sem qualquer investigação fiscal, posteriormente recusada pela JJF.

Cita, a este respeito, jurisprudência de Tribunais Superiores, lições da lavra de eminentes Mestres do Direito, destaca que todos os produtos foram adquiridos para consecução da sua atividade negocial e a comercialização do cimento, o que é suficiente para garantir a compensação dos respectivos créditos.

Discorre a respeito do princípio da não cumulatividade do imposto, sobre o conceito econômico de consumidor para concluir que não poderia ser reputada consumidora final de bens e produtos utilizados na atividade industrial, fato este que seria o mesmo que impor ilegal e constitucionalmente que suportasse o valor do imposto na qualidade de destinatário final, causando a cumulatividade do imposto.

No tocante a infração 2, afirma que seu procedimento não implicou nas infringências apontadas na peça fiscal, cita e comenta o art. 94, inciso I, alínea “b” do RICMS/97 que trata tais operações de fretes efetuadas a preço FOB aduzindo em seguida que, realmente, o RICMS/97 impõe a retenção do ICMS sobre a rubrica frete nas operações efetuadas a preço FOB, mas, não era o caso. Assim, que reteve indevidamente o ICMS nas transferências entre os seus estabelecimentos como se fossem operações de venda FOB e que essas operações de transferências não estavam sujeitas ao recolhimento do ICMS em regime de substituição tributária e nem poderiam ser classificadas como operações de circulação de mercadorias pois, não houve a transferência da titularidade dos bens.

Cita Súmulas do STJ e STF a respeito do fato gerador do ICMS, afirma que é incontestável o direito que possui em compensar os valores retidos indevidamente nas transferências entre

estabelecimentos, que suportou o valor da retenção e encargo financeiro, cujos valores retidos não foram utilizados pelos estabelecimentos destinatários, fatos estes que deixaram de ser aferidos pela autoridade administrativa e que, por esta razão se justifica o cancelamento da exigência fiscal ou, no mínimo, sua revisão visto que os fatos não foram capitulados corretamente.

Observa, por fim, que o v. Acórdão Recorrido fundamenta que “a legislação fiscal veda a atualização monetária de créditos fiscais utilizados extemporaneamente” e que a peça fiscal não capitulo essa infringência fiscal, portanto, esta questão não poderia ser discutida pelo v. Acórdão. Cita, ainda, que a compensação levada a efeito não corresponde a créditos extemporâneos de ICMS, mas, a valores recolhidos indevidamente sobre a rubrica desse tributo em transferências de mercadorias entre estabelecimentos sendo que, na hipótese de pagamento indevido não existe nenhum impedimento quanto à atualização de valores.

Já em relação a infração 3, afirma que os fatos foram capitulados de forma incorreta na medida em que arcou com a retenção do ICMS que era da sua responsabilidade e que, na realidade, somente não fez a inclusão do valor do frete na base de cálculo do imposto pago nas saídas de cimento porque estas ocorreram sob o preço FOB, cujo o ônus do pagamento do serviço de transporte ficou a cargo dos destinatários das mercadorias. A este respeito cita o art. 61 do RICMS/97 e menciona julgamento anterior já realizado a respeito de questão semelhante.

Em conclusão requer o Provimento do presente Recurso Voluntário para que seja determinado o cancelamento do Auto de Infração ou, no mínimo, que seja determinada sua revisão.

O PAF foi incluído em Pauta Suplementar da Sessão do dia 30/07/2002 tendo a 1^a CJF decidido que o mesmo fosse convertido em diligência no sentido de que fosse verificado nas planilhas elaboradas pela empresa Azienda Contábil e que originaram a emissão das Notas Fiscais de Entradas nº 23, 31, 35, 49 e 36 utilizadas pela recorrente para proceder aos lançamentos extemporâneos, se estavam incluídas nas mesmas aquisições destinadas ao Ativo Imobilizado a partir do mês de novembro/96 e materiais filtrantes, docs. fls. 377 e 378.

A ASTEC/CONSEF emitiu o Parecer nº 0306/2002 onde, em anexo, demonstra, de forma individualizada as aquisições pertinentes a solicitação supra, conforme docs. fls. 383 a 405.

Notificados a respeito do resultado da diligência efetuada pela ASTEC, o recorrente e o autuante não se manifestaram a respeito da mesma.

A Douta PROFAZ se pronuncia nos autos em duas oportunidades, através dos pareceres às fls. 376 e 413, onde, em ambos, se posiciona pelo Não Provimento do Recurso Voluntário por entender que este traz os mesmos argumentos já analisados e decididos, sendo que, apesar de o Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação do CONSEF, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento.

VOTO

Inicialmente, vejo que o recorrente suscita uma preliminar de nulidade, invocando o art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA, por entender que a peça fiscal não está lastreada das provas necessárias à demonstração do fato argüido e cujas exigências fiscais não passam de mera presunção da autoridade administrativa.

O recorrente repete os argumentos já apresentados anteriormente e que foram rechaçados, ao meu ver, corretamente, pela 4^a JJF.

Dá análise das infrações 1, 2, e 3, objeto deste Recurso Voluntário, observo que as mesmas estão devidamente demonstradas e identificadas de maneira que possibilitaram o mais amplo meio de defesa e tiveram como base as próprias planilhas do recorrente que indicam, de forma clara, as ocorrências consideradas pelo autuante.

De maneira que a acusação fiscal não está baseada em mera presunção e sim, acompanhada de farta documentação de prova que aponta, objetivamente, a certeza e a liquidez do crédito tributário reclamado e a ocorrência do fato gerador. Não vislumbro nos autos a ocorrência da hipótese de se transferir ao recorrente o ônus da prova já que o lançamento possui lastro nas planilhas elaboradas pelo próprio recorrente que identificam as notas fiscais e intitula a que tipo de operações se referem.

Afastada, portanto, a preliminar de Nulidade levantada pelo recorrente, por não se configurar qualquer ofensa ao art. 18, IV, "a", do RPAF/BA em vigor.

Quanto ao mérito, destaco que neste julgamento examina-se o Recurso de Ofício interposto pela 4^a JJF em relação aos itens 4 e 5 do Auto de Infração onde ocorreu a sucumbência para a Fazenda Estadual e o Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo relativamente aos itens, 1,2 e 3 do mesmo Auto de Infração.

Inicialmente, passo a analisar o Recurso de Ofício, onde, no tocante a infração 4, que trata de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS no montante de R\$34.609,59 relativamente a aquisições de materiais diversos para emprego na industrialização e que, posteriormente, teriam sido objeto de quebra anormal, vejo que a Decisão da 4^a JJF não merece reparo na medida em que o demonstrativo de fl. 277, elaborado pelo autuante, base para a autuação, não reflete a ocorrência ou existência de quebras anormais que possam ensejar o estorno de crédito pretendido. Mantenho a improcedência deste item da autuação.

No que diz respeito à infração 5, utilização de crédito fiscal no total de R\$71.471,28, pela falta de exibição de notas fiscais lançadas no livro Registro de Entradas, o próprio autuante em sua informação fiscal à fl. 332 dos autos acolhe os argumentos do recorrido, descaracterizando a infração. Correta a Decisão Recorrida em relação ao presente item a qual deve, também, se manter inalterada.

Naquilo que pertine ao Recurso Voluntário vejo que, no tocante a infração 1, que trata da utilização indevida de créditos fiscais extemporâneos, cuja planilha indicam que foram atualizados monetariamente pelo próprio recorrente, originários de aquisições de materiais diversos a partir do mês de abril/94 e respectivos pagamentos da diferença de alíquota interestadual, constantes das planilhas elaboradas pela empresa “Azienda Contábil” cujas cópias estão juntadas aos autos, observo que, originalmente, o próprio recorrente os classificou, sob o ponto de vista fiscal e contábil, como bens de consumo, não os arrolando como insumos industriais, tanto que, recolheu a diferença de alíquota quando das aquisições interestaduais.

Vejo também, que as planilhas dos ditos “créditos extemporâneos”, elaborados pela empresa contratada pelo recorrente, cujas cópias estão juntadas aos autos, individualizam cada nota fiscal de aquisição, enquanto que o recorrente não aponta sequer uma nota fiscal que se refira à

aquisição de matéria prima ou insumo utilizado no processo industrial. E isto não significa inversão do ônus da prova, já que a autuação se pautou nos elementos utilizados pelo recorrente para efetuar os lançamentos, portanto, neste caso, caberia ao recorrente comprovar, já que possui todas as notas fiscais e respectivos demonstrativos, que tais aquisições referem-se a insumos industriais e não a materiais de consumo, conforme classificou, registrou e contabilizou, durante vários exercícios, não sendo, destarte, um ou outro caso isolado. Aliás, constam nas próprias planilhas de levantamento de créditos elaborados pela “Azienda Contábil”, que as notas fiscais referem-se a aquisição de bens do Ativo Permanente, matérias de uso ou consumo destinados a manutenção das atividades do estabelecimento industrial, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquota”, fato este que, sem dúvida, caracteriza o procedimento irregular do recorrente à luz da legislação tributária pertinente.

Não há, portanto, qualquer presunção do fisco de que os materiais eram de uso e consumo e sim, uma comprovação que, ao meu ver, é inquestionável, não ferindo, em hipótese alguma, o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto, pois tais materiais não foram utilizados no processo de produção e, sim consumidos pelo estabelecimento, situação em que, a legislação tributária vigente, não permite a utilização dos créditos.

É oportuno ser destacado que tanto a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA estabelecem que:

1 - É vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo a (art. 97 do RICMS):

- 1.1 – para integração no ativo imobilizado (até 31/10/96);
- 1.2 – materiais destinados ao uso e/ou consumo pelo estabelecimento;

2 – Não se considerará como crédito fiscal qualquer valor acrescido no imposto (§3º do RICMS/89).

3 – O crédito (quando devido) deverá ser escriturado pelo valor nominal (§2º do RICMS/96 e RICMS/97). Portanto, além da utilização irregular dos créditos, ocorreu à aplicação de correção monetária não autorizada pela lei. Ressalto que a glosa do crédito está em conformidade com os valores indicados nas mencionadas planilhas e notas fiscais de entradas Série E, emitidas pelo recorrente, portanto, a questão da atualização monetária dos créditos também está envolvida na glosa dos créditos, sendo plenamente pertinente fazer-se menção a este fato.

Por outro lado, considerando o advento da LC 87/96 e à luz do que consta nas mencionadas planilhas, o PAF foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF, cuja ciência foi concedida ao autuante e ao recorrente, onde estão identificadas nas planilhas às fls. 385 a 403, as aquisições de bens destinados ao Ativo Imobilizado, a partir de 01/11/96, os quais ensejam a utilização dos respectivos créditos de ICMS, pelo valor nominal indicado em cada documento fiscal, bem como, das quantias pagas a título de diferença de alíquotas.

Com isso, e à luz da diligência realizada pela ASTEC, vejo que o recorrente faz jus apenas aos créditos fiscais concernentes a:

- 1) *Lançamento no mês de janeiro/99:* NFs nºs 2262, 14668, 10245, 1252, 12975, 1590, 80, 3696, 72333, 3224, 206, 1401, 18, 74157, 251, 937, 1386, 5954, 254441, 2608, 1757, 254, 1504, 2245, 4544, 5446, 5541 e 9856, todas referentes a aquisições de bens para Ativo Fixo, totalizando as quantias de R\$7.970,23 a título de crédito fiscal e R\$6.716,49, referente a diferença de

alíquota paga, perfazendo o total de R\$14.686,72 a ser deduzido no mês de janeiro/99, ficando, assim, o valor autuado neste mês reduzido para o montante de R\$69.167,81;

2) *Lançamento no mês de março/99:*

Aquisição para o Ativo Fixo: NF nº 1757 - ICMS R\$90,68 e diferença de alíquota R\$129,54.
Total a ser deduzido R\$220,22;

Em relação as demais notas fiscais envolvidas na autuação, indicadas pelo recorrente em seus demonstrativos, não há uma indicação pela mesma que se enquadram como insumos, devendo, pois permanecer a exigência fiscal em relação as mesmas.

Em consequência, o débito reclamado neste mês fica reduzido para a quantia de R\$63.855,20 enquanto que o débito total relativamente a infração 1 passa a ser no montante de R\$221.165,91, ante as alterações acima processadas.

A infração 2 trata da utilização irregular de créditos fiscais extemporâneos de ICMS, atualizados monetariamente, referentes ao imposto retido pelo recorrente sobre fretes realizados por autônomos, sob a cláusula FOB, no período de junho/98 a julho/00.

Inicialmente destaco que a operação de frete é totalmente distinta da que foi realizada pelo recorrente, ou seja, a operação de transferência, sendo, portanto, sujeita a tributação pelo ICMS.

Os arts. 94, I “b” e 645, III do ICMS deixam claro que nas operações de fretes efetuadas por autônomos a preço FOB, o ICMS retido na fonte será utilizado pelo destinatário da mercadoria e não pelo remetente, conforme pretende o recorrente. Há, inclusive, o agravante de que tais créditos, além de indevidos, foram corrigidos monetariamente, conforme se constata nas planilhas que serviram de base à autuação. Correta a exigência fiscal, devendo ser mantida a Decisão Recorrida.

Naquilo que se relaciona a infração 3 vejo que a Decisão diz respeito a falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição nas vendas realizadas para contribuintes deste Estado, por ter deixado de incluir na base de cálculo da substituição tributária o valor dos fretes efetuados por autônomos, a preço FOB.

Entendo que, no caso presente, assiste razão ao recorrente, pois, tratando-se de operações sujeitas às regras de retenção do imposto através de substituição tributária, a margem do valor agregado estipulada leva em consideração o valor dos fretes vinculados às etapas subsequentes de circulação da mercadoria. Portanto, não há razão para que se inclua a parcela do frete no cálculo do ICMS a ser retido a título de antecipação tributária vez que a MVA já contempla esse valor.

Improcede, portanto, a exigência fiscal deste item, no valor de R\$11.043,03, razão pela qual deve ser modificada a Decisão Recorrida.

Por todo o exposto acolho em parte o opinativo da Douta PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para que sejam processadas as alterações mencionadas e pertinentes aos itens 3 e 5, remanescendo o débito total a ser pago neste Auto de Infração na quantia de R\$665.225,75.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e, em decisão não unânime quanto ao item 1 e unânime em relação aos itens 2 e 3, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279463.0001/02-6, lavrado contra **CIMENTO BRUMADO S/A (COMPANHIA DE MATERIAIS SULFUROSOS MATSULFUR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$665.225,75**, atualizado monetariamente, acrescido de multa de 60%, prevista nos incisos II “e” e VII “a” do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: ITEM 1: Conselheiros (as) Carlos Fábio Cabral Ferreira, José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Raimundo Ferreira dos Santos.

VOTOS VENCIDOS - ITEM 1: Conselheiros (as) Sandra Urânia Silva Andrade, Helcônio de Souza Almeida.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de Fevereiro de 2003.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ