

A. I. N° - 269200.0105/02-4
AUTUADO - CIMENTO BRUMADO S/A
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 22. 05. 2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0175-04/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** REFERENTE A LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. Infração não caracterizada. **b)** SEM A APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. Quando da impugnação ao lançamento, o autuado apresentou parte dos documentos comprobatórios do direito ao crédito fiscal. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/09/2002, exige ICMS no valor de R\$94.359,00, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade;
2. Como nos termos do item anterior, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa, fls. 131 a 136 dos autos aduziu, inicialmente, ser a mesma tempestiva, oportunidade em que transcreveu os termos da acusação fiscal.

Em seguida, apresentou os seguintes argumentos para refutar a autuação:

Infração 1 - Alega que após analisar o seu livro Registro de Entradas, não encontrou qualquer documento lançado em duplicidade, o que levou a empresa a crer que o autuante se equivocou ao configurar a infração;

Infração 2 - Argumenta que as notas fiscais de entradas não apresentadas, referentes ao período de janeiro/98 a dezembro/99, encontram-se arquivadas no seu estabelecimento, as quais não foram exibidas no prazo estipulado pelo autuante, em virtude da reestruturação societária por que passou a empresa, com a conseqüente alteração em sua razão social. Esclarece que logo após a lavratura do Auto de Infração os documentos foram identificados, dos quais anexa cópias dos mesmos ao processo e que o fato de não ter apresentado os citados documentos, não resultou no recolhimento a menos do imposto, tampouco a empresa lesou o fisco estadual. Salienta não ter sentido aplicar uma penalidade exagerada a empresa, ou seja, de 60% do valor do imposto. Aduz que no direito tributário, o que interessa é o efeito econômico do ato praticado, ou seja, o Estado busca a reparação pelo dano sofrido, apenas e tão somente, donde se conclui que satisfeita a obrigação do pagamento do tributo nas operações por ele alcançadas, não há que se falar em dano, quando muito restará a penalização simbólica por descumprimento de obrigação acessória. Transcreve ensinamentos de autores que indica, além de decisões de tribunais administrativos

acerca da matéria, para embasar o seu argumento e diz que nenhuma penalidade deveria ter sido aplicada a empresa, pelo fato de não ter causado qualquer prejuízo ao fisco do Estado da Bahia.

Ao concluir, espera que o CONSEF julgue “IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO”, para determinar o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 388 a 390 dos autos descreveu, inicialmente, as infrações imputadas, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Com referência a defesa formulada, assim se manifestou para contraditá-la:

Infração 1 - Diz que foi o ilustre representante do autuado que se equivocou, uma vez que restou comprovada a duplicidade de utilização do crédito fiscal do ICMS, referente a Nota Fiscal nº 70499, de 03/04/99, conforme cópia do seu livro Registro de Entradas à fl. 153 (fl. 99 do PAF), razão pela qual ratifica a exigência fiscal;

Infração 2 - Que da análise das fotocópias anexadas pela defesa, constatou que nem todos os documentos relacionados no demonstrativo base da autuação foram apresentados, além do que alguns dos documentos fiscais anexados, referem-se a serviços de transporte interestadual e municipal de mercadoria tributada, tendo como responsável pelos mesmos os remetentes das mercadorias e como destinatário o estabelecimento autuado.

Esclarece que diante de tais constatações, elaborou um novo demonstrativo contendo os documentos fiscais não apresentados, bem como uma relação das notas fiscais das mercadorias vinculados a serviços de transportes, em que constavam como responsáveis pelo pagamento do frete o remetente das mercadorias, cujo demonstrativo foi entregue cópia ao contribuinte, além de uma nova intimação para apresentação dos referidos documentos. Diz que o contribuinte apresentou nova documentação, no entanto, restaram alguns documentos fiscais não apresentados, oportunidade que observou que a transferência das mercadorias ocorreu com cláusula CIF, onde o remetente assumiu o encargo do frete, motivo pelo qual o autuado não tem direito ao crédito dos respectivos fretes.

Salienta, com base nos fatos acima mencionados, que tomou as seguintes providências:

- a) excluiu da exigência fiscal os créditos fiscais constantes das notas fiscais que foram apresentadas;
- b) manteve a exigência do débito referente aos documentos fiscais não apresentados, além do débito relativo aos serviços de transportes de mercadorias tributadas em que restou comprovado que a assunção do encargo pelos mesmos foram das empresas remetentes, cujas remessas deram-se mediante cláusula CIF, o que impede o autuado de apropriar-se do crédito fiscal.

Ao concluir, aduz manter integralmente o débito apurado na infração 1 e parcialmente quanto à infração 2, conforme demonstrativo em anexo, oportunidade em que solicitou a reabertura do prazo de defesa para o autuado

Em nova manifestação às fls. 506 a 513, o autuado apresentou os seguintes argumentos para refutar a autuação:

1. Que o autuante, não satisfeito com o fato de ter pretendido imputar à empresa infrações que a mesma provou não ter cometido, resolveu incluir no Auto de Infração outra suposta irregularidade, qual seja, o aproveitamento de créditos de ICMS incidentes sobre Conhecimentos de Transporte, sob a alegação de que o ônus do imposto não teria sido por ela suportado, cuja alegação não deve ser apreciada. Por tal motivo, requer, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, uma vez que ao ampliar a sua abrangência, foi concedido para a empresa o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de defesa, fato que fere frontalmente o princípio constitucional da ampla defesa, já que os novos argumentos apresentados pelo autuante equivalem a uma nova

autuação. Argumenta que a legislação do Estado da Bahia prevê o prazo de trinta dias para apresentação da impugnação, razão pela qual requer a nulidade do Auto de Infração;

2. Quanto ao mérito, esclarece que irá direcionar a sua defesa apenas para os novos fatos alegados, uma vez que em relação ao Auto de Infração originalmente lavrado, já foi apresentada impugnação na qual foram aduzidos todos os fatos e fundamentos.

Argumenta que a alegação de ter aproveitado indevidamente crédito de ICMS incidente sobre frete não pode prosperar, haja vista que trata-se de operações entre estabelecimentos da mesma empresa, cujo frete era contratado pelo remetente, mas o ônus do pagamento cabia ao destinatário. Argumenta que o pagamento dos fretes foi efetuado pela empresa, portanto, cabe a ela apropriar-se do crédito de ICMS incidente sobre as operações de prestação de serviços.

Prosseguindo em sua defesa, diz que o ICMS está previsto no art. 155, da Constituição Federal e que, entre os preceitos inerentes ao referido imposto, destaca-se o princípio da não cumulatividade, oportunidade em que transcreveu o seu teor e do seu inciso II, além do seu § 2º e o seu inciso I. Reproduziu, também o § 1º, do art. 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, que determinou que lei estadual disporá de forma que o montante devido resultará da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente às mercadorias saídas do estabelecimento e o pago relativamente às mercadorias nele entrada. Cita entendimento de autores sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS e diz que razão não assiste a fiscalização ao pretender impedir que a empresa utilize os créditos fiscais sobre os serviços prestados por empresas transportadoras.

Ao finalizar, requer a nulidade do Auto de Infração e, caso não seja este o entendimento do CONSEF, que a impugnação seja julgada procedente, para determinar o seu cancelamento.

O autuante em nova informação fiscal, fls. 621 a 624 dos autos fez, inicialmente, um relato dos fatos que aconteceram após a lavratura do Auto de Infração, bem como um resumo das alegações defensivas em sua segunda manifestação.

Em seguida, assim se pronunciou sobre as novas alegações defensivas:

Infração 1 - Aduz que o autuado silencia completamente em sua defesa, o que faz crer que o mesmo admite a ocorrência da referida infração;

Infração 2 - Frisa que foi alterada em seus valores e fundamentos, uma vez que a fiscalização levou em conta os documentos apresentados pelo autuado em sua defesa anterior. Por força de tal alteração, diz que a infração foi desmembrada na forma abaixo:

a) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do documento fiscal correspondente;

b) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS decorrente de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de mercadorias tributadas recebidas pela empresa com cláusula CIF.

Quanto à primeira, aduz que o autuado silencia em sua nova impugnação, o que também faz crer a sua aceitação tácita.

No tocante à segunda, alega que o autuado impugnou a exigência, requerendo a nulidade do lançamento, sob o argumento de cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que foi apenas concedido o prazo de dez dias para se manifestar, cujo argumento não tem qualquer fundamento. De acordo com o autuante, o prazo de dez dias para a manifestação do autuado quanto à modificação ocorrida no Auto de Infração por ocasião da informação fiscal está regulamentado no art. 17, § 7º, combinado com o § 1º, do art. 18, todos do RPAF/99, oportunidade em que transcreveu o teor dos referidos dispositivos em apoio ao alegado.

Com referência à alegação defensiva de que não lhe foi dado conhecimento do valor atual da exigência, diz que faltou ao autuado uma leitura do PAF, particularmente da informação fiscal prestada, já que os valores estão demonstrados às fls. 391 e 392, com as respectivas datas dos fatos geradores.

Sobre o argumento do autuado de que teria sido por ele suportado os encargos dos serviços de fretes, diz não proceder. Segundo o autuante, com base nos documentos anexos às fls. 393 a 495 do PAF (faturas e conhecimentos de transportes), observa-se que os serviços de transportes acobertaram operações a preço CIF, conforme consta nas respectivas notas fiscais, cujos fretes já estariam embutidos no preço das mercadorias, o que impossibilita ao autuado o creditamento do imposto sobre os referidos fretes. Diz também que, da análise dos referidos documentos, constatou que os responsáveis pelo pagamento foram as empresas remetentes, as quais têm direito ao crédito do ICMS sobre os serviços de transportes por elas tomados. Sustenta não haver nenhuma evidência de que os encargos referentes aos mencionados serviços de transportes tenham sido assumidos pelo autuado, conforme alegado pela defesa.

Ao concluir, aduz que não há outro caminho senão a manutenção integral dos débitos apurados na informação fiscal anterior, conforme demonstrativo às fls. 391 e 392.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, entendeu este relator da necessidade de incluí-lo em pauta suplementar, tendo a 4ª JF acatada a proposta de realização de diligência, no sentido de ser reaberto o prazo de defesa em trinta dias para o autuado, além de fornecer cópias dos demonstrativos de fls. 391 e 392 e que fosse dado vistas ao autuante, para se manifestar, querendo, sobre os novos argumentos defensivos.

A COFEP/DAT/Norte através da intimação de fl. 639 notificou o contribuinte, conforme recibo assinado pelo seu preposto, fornecendo-lhe cópias dos documentos de fls. 388 a 392 e de 631 a 633, além de estipular o prazo de trinta dias para anexar qualquer documento que julgar necessário.

Em nova intervenção às fls. 637 a 644, o autuado reproduziu, em quase sua totalidade os argumentos esposados quando de sua defesa, fls. 506 a 513 dos autos.

Em razão da nova defesa formulada pelo autuado, a COFEP/DAT/Norte encaminhou o PAF ao autuante para produzir a informação fiscal, o que foi cumprido, conforme fls. 647 a 649.

A exemplo do autuado, o autuante também transcreveu em quase em sua inteireza os argumentos apresentados quando de sua informação fiscal às fls. 621 a 624, tendo acrescentado ao final o seguinte: “Resta concluir que, se ficasse comprovado documentalmente que a empresa remetente não se apropriou dos mencionados créditos do ICMS (e isto, a meu ver, não pode basear-se em simples declaração), seríamos levados a admitir a possibilidade de utilização destes por parte da Autuada, em face do princípio da não cumulatividade do ICMS; porém, pelas provas apresentadas no Processo, não fomos levados a esta conclusão, obrigando-nos a manter a exigência do tributo apurado na fiscalização e lançado em Auto de Infração.”

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, sob o argumento de que o autuante ao ampliar a abrangência do Auto de Infração em sua informação fiscal, foi concedido apenas o prazo de dez dias para que a empresa apresentasse a sua impugnação, quando deveria ser de trinta dias, conforme previsto na legislação do Estado da Bahia, circunstância que cerceou o seu direito de defesa. Entendo ser impertinente tal argumento, já que não houve a alegada abrangência da autuação. Porém, como foram anexados aos autos pelo autuante novos demonstrativos, determinei a reabertura do prazo de defesa em trinta dias, além de fornecer ao

autuado cópias dos demonstrativos de fls. 391 a 392, o que foi cumprido pela COFEP/DAT/Norte, conforme intimação à fl. 639.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar os documentos que instruem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 – Diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, em decorrência de lançamento em duplicidade da Nota Fiscal.

Como prova da infração, foi juntada aos autos à fl. 99, a xerocópia do livro Registro de Entradas do autuado, onde, segundo o autuante, consta o lançamento em duplicidade Nota Fiscal nº 70499, com ICMS no valor de R\$289,74.

Ao compulsar a folha cima do Registro de Entradas, constatou este Relator que o autuante incorreu em erro ao consignar no demonstrativo de fl. 15 o número da Nota Fiscal como sendo 70499, quando o correto é 18683, cuja nota não foi lançada em duplicidade, conforme consta na acusação fiscal. Desse modo, a exigência fiscal não prospera, devendo o imposto exigido ser excluído da autuação, pois indevida a sua cobrança.

Infração 2 - Reporta-se também a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, tendo em vista a não apresentação pelo autuado da documentação comprobatória do direito ao referido crédito.

Sobre a autuação, entendo razão assistir parcialmente ao autuado, uma vez que quando da impugnação ao lançamento fiscal foi apresentada a quase totalidade dos documentos fiscais, fato que foi acatado em parte pelo autuante quando prestou a sua informação fiscal, remanescendo, no entanto, os créditos fiscais indevidos no valor de R\$6.493,70, conforme demonstrativo às fls. 391 a 392, pelos seguintes motivos:

I - De acordo com os demonstrativos acima, dos quais foram entregues cópias ao autuado, não foram apresentadas pela empresa os documentos fiscais de nos. 7549, 2110, 24182 e 271298, cujos créditos fiscais do ICMS neles destacados totalizam a importância de R\$284,00. Ao se manifestar em sua nova defesa, fls. 506 a 513 dos autos, o autuado anexou os documentos de fls. 514 a 619, que não dizem respeito aos acima citados, restando comprovada a infração, por infringir o disposto no art. 91, do RICMS/97;

II – Com referência ao valor de R\$6.209,70, cabe-me prestar os seguintes esclarecimentos:

a) Embora o autuante quando prestou a sua informação fiscal de fls. 388 a 390 tenha acatado parcialmente os documentos comprobatórios do direito ao crédito, o mesmo após analisar os referidos documentos, constatou que uma parcela deles referem-se a operações de transferências de mercadorias com cláusula CIF, cujo frete foi assumido pelo remetente. Segundo o autuante, nessa situação, o autuado não tem direito ao crédito do ICMS referente aos respectivos serviços de transporte, oportunidade em que listou às fls. 391 e 392 os documentos fiscais com os respectivos créditos utilizados indevidamente pela empresa;

b) Considero que apesar da alteração acima, o fulcro da autuação continua sendo o mesmo, ou seja, utilização indevida de crédito fiscal.

Prestadas as informações acima e para melhor compreensão da infração, entendo oportuno reproduzir a legislação do ICMS sobre o assunto, no tocante aos créditos fiscais sobre fretes com cláusula CIF, o qual está disciplinado no art. 95, do RICMS/97, que tem a seguinte redação:

“Art. 95 – Nas operações com cláusula CIF (art. 646), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto cobrado sobre o serviço de transportes, será feita com observância das seguintes regras:

I – tratando-se de operação tributada, sendo o transporte efetuado:

a) ...

c) por empresa transportadora, o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte constituiu crédito fiscal do estabelecimento vendedor ou remetente, se for contribuinte do imposto, vedada a sua utilização, como crédito fiscal, por parte do destinatário.”

Ao examinar os conhecimentos de transportes anexados aos autos pelo autuante, constatei, por amostragem, que nos de fls. 401, 403, 405, 409, 467, 471, 473, 475, 479, 481, 483, 485, 487 e 489, constam no campo observações, que o frete será por conta do remetente, o que cai por terra o argumento defensivo, segundo o qual mesmo teria sido assumido pela empresa.

Com base no dispositivo acima, considero parcialmente correta a exigência fiscal no valor de R\$6.209,70, pois o crédito fiscal destacado nos Conhecimentos de Transportes somente poderia ser apropriado pelo remetente das mercadorias.

Sobre a declaração de fl. 619 anexada pelo autuado em sua defesa, em que foi afirmado que os créditos fiscais não foram apropriados pelo remetente, entendo que o seu conteúdo vai de encontro ao que está consignado nos conhecimentos de transportes, ou seja, a de que o frete será por conta do mesmo, razão pela qual não acato o argumento defensivo.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração na importância de R\$6.493,70, conforme demonstrativo às fls. 631, com a exclusão da parcela de R\$289,74, tendo como data de ocorrência o dia 30/04/99, pelo fato deste valor referir-se a infração 1, não caracterizada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269200.0105/02-4**, lavrado contra **CIMENTO BRUMADO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.493,70**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2003.

ANTONIO AGUIAR DE ARAUJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA- JULGADOR