

A. I. Nº - 279695.0006/03-3
AUTUADO - PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS
AUTUANTE - ELIOMAR PIRES NEVES
ORIGEM - COFEP-DAT/NORTE
INTERNET - 30. 12. 2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0519-04/03

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. b). FALTA DE RETENÇÃO. De acordo com a legislação, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo efetuar a retenção e recolhimento do imposto relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte, quando o serviço for prestado por autônomo ou transportadora não inscrita neste Estado. **Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) REFERENTE A MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE DIFERIMENTO, DESACOMPANHADA DO DAE COMPROBATÓRIO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. b) RELATIVO A OPERAÇÃO TENDO COMO NATUREZA DEMONSTRAÇÃO, SEM A FALTA DO ESTORNO DO CRÉDITO.** Comprovado que o autuado efetuou o estorno do crédito fiscal apropriado. **Infração não caracterizada. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2003, exige ICMS no valor de R\$62.430,54, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS retido no valor de R\$24.546,52, 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;
2. Deixou de proceder à retenção do ICMS no valor de R\$34.293,06, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$220,06, oriundo de mercadoria (lenha) enquadrada no regime de diferimento desacompanhada do DAE comprobatório do recolhimento do imposto;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$3.370,90, oriundo de remessa em demonstração, sem que tenha havido o respectivo estorno do crédito apropriado.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa, fls. 104 a 110 dos autos, transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como citou os dispositivos do RICMS/97 tidos como infringidos e da multa aplicada, com base na Lei nº 7014/96.

Sobre a autuação, apresentou os seguintes argumentos para refutá-la:

Infrações 1 e 2 - Esclarece que no demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, foram incluídas inúmeras prestações de serviços realizadas por transportadoras inscritas no cadastro estadual, as quais são obrigadas a reter e recolher o imposto sobre as referidas operações. Diz que o pagamento do frete é de inteira responsabilidade do destinatário, não cabendo a empresa o dever de reter e recolher o tributo, conforme dispõe o art. 380, I, “a”, do RICMS, o qual atribui o recolhimento do ICMS pelo remetente, somente no caso de ser o contratante do serviço. Alega que no presente caso, o contratante do serviço é o destinatário (fábrica de Salvador) e não o estabelecimento autuado, conforme mencionado pelo autuante. Em apoio ao seu argumento, o autuado transcreveu o teor do dispositivo acima citado, além do art. 382, I. Salienta que o art. 381, IV, do RICMS, desobriga a empresa de lançar o valor retido a débito no Registro de Apuração do ICMS, em folha subsequente à destinada à apuração do imposto, referente às suas operações ou prestações e, simultaneamente, fazer outro lançamento, sendo este na mesma página da apuração do imposto correspondente às operações, para fins de apropriação do crédito fiscal, quando cabível.

Infração 4 - Alega que o autuante não observou o livro Registro de Apuração do ICMS, onde constataria que no mesmo período do lançamento do crédito fiscal no Registro de Entradas, foi devidamente escriturado no referido livro o respectivo estorno do crédito.

À fl. 109, o autuado em relação às infrações impugnadas, disse que obedeceu a todos os ditames e regulamentos estabelecidos em lei, não havendo nenhuma irregularidade, conforme apontado pela fiscalização.

Argumenta que, caso o julgador entenda de forma diversa do explicitado acima, poderá optar pela aplicação de multa por descumprimento de uma obrigação acessória, conforme disposto no “artigo 43, inciso XXII do RICMS-BA”.

Ao finalizar, requer a declaração de nulidade absoluta do Auto de Infração e, conseqüentemente, o seu arquivamento.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal, fls. 116 a 119 dos autos, descreveu, inicialmente, as infrações que foram imputadas ao autuado, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Sobre a defesa formulada, assim se manifestou:

Infrações 1 e 2 - Inicialmente, informa que o procedimento equivocado do autuado iniciou no exercício de 1997 (ver fls. 45 a 51), oportunidade em que fez as seguintes indagações: se o serviço de transporte foi efetuado por transportadora porque não foram apresentadas as cópias dos conhecimentos? Porque no corpo das notas fiscais emitidas pelo autuado consta à base de cálculo do ICMS retido na fonte, bem como o respectivo valor do imposto e a declaração que é transportadora não inscrita mesmo constando o nome da transportadora (ex. págs. 26, 34 e 36)? Porque não foi informado o CGC, inscrição estadual da pretensa “transportadora inscrita”? Salienta que as placas dos caminhões são em boa parte de outros Estados da Federação.

Quanto ao frete ser de responsabilidade do destinatário, conforme alegado pela defesa, esclarece que foram examinadas aproximadamente duas mil notas fiscais e em nenhuma dela consta tal observação. Como prova de sua alegação, o autuante diz, com base na fls. 41 e 42 do PAF, que o transportador é o autuado, onde na nota fiscal consta a retenção do ICMS, sendo que nas referidas notas não fazem referência ser o destinatário o responsável pelo recolhimento do ICMS sobre o serviço de transporte. Esclarece que o autuado, primeiramente, afirmou em sua defesa que remeteu as mercadorias através de transportadora inscrita (reconhecendo a responsabilidade pelo frete, porém, não apresenta nenhuma cópia de conhecimento) e, logo em seguida, afirmou que a responsabilidade sobre o frete é do destinatário (não anexou nenhuma nota para comprovar tal afirmativa). Alega, em suma, que nenhum conhecimento foi anexado para comprovar que o

imposto foi recolhido, bem como de nota fiscal com a informação de que a responsabilidade do frete seria do destinatário, sendo, portanto, os argumentos defensivos um exercício de mera retórica e sem fundamento legal, pelo que mantêm as infrações.

Acerca do não recolhimento do ICMS retido e a obrigação de lançar no livro RAICMS e a respectiva apropriação do crédito fiscal deste imposto retido e não recolhido (um débito e um crédito fiscal para zerar), aduz que o autuado nesta operação é um contribuinte de fato e não de direito, pois, é um simples depositário do ICMS retido (é a Lei que determina que ele seja necessário, conforme art. 380, do RICMS/97, combinado com o art. 647, da Lei nº 10.406/2002 – Código Civil. Frisa que, como está caracterizado que o autuado não cumpriu sua obrigação como depositário fiel, se transformou em depositário infiel, ficando sujeito a responsabilidade penal (apropriação indébita), conforme artigo 652, da lei antes citada.

Infração 3 - Argumenta que o contribuinte silenciou, apesar do seu defensor ser advogado, fato que, processualmente, pode ser considerado como uma confissão, motivo pelo qual ocorreu a preclusão.

Infração 4 - Esclarece ter havido equívoco de sua parte e diz caber razão ao autuado.

Com referência ao pedido de nulidade solicitado pelo autuado, aduz que foram observados os requisitos e condições para validade do ato administrativo, oportunidade em que descreveu individualmente cada um deles às fls 118 e 119.

Ao concluir, solicita o julgamento parcialmente procedente do Auto de Infração, com a exclusão da infração 4.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, pois não fundamentada.

Ademais, observou este relator que a presente autuação não se enquadra no art. 18, seus incisos e alíneas, do RPAF/99.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, constatei que o autuado em sua defesa não fez qualquer objeção em relação à infração 3. Interpreto o silêncio do autuado, como um reconhecimento tácito da infração que lhe foi imputada, pelo que mantenho a exigência fiscal.

Quanto à infração 4, a mesma deve ser excluída da autuação, pois indevida, já que o autuante em sua informação fiscal acatou o argumento defensivo, com o qual concordo.

No tocante às infrações 1 e 2, relativas a imposto retido e não recolhido e da sua falta de retenção, respectivamente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, observei que o autuante como prova da infrações, anexou aos autos às fls. 69 a 100 os demonstrativos analíticos.

Com relação às alegações defensivas para as infrações 1 e 2, as mesmas não merecem o meu acolhimento, pelos seguintes motivos:

Infração 1 - Ao examinar as cópias das notas fiscais de emissão do autuado anexadas pelo autuante aos autos, constatou este relator que a retenção do ICMS por parte do autuado, foi pelo fato do transporte ter sido contratado com transportador não inscrito, tendo sido consignado no documento fiscal de que o mesmo seria válido como conhecimento de transporte.

Para melhor compreensão da infração, entendo oportuno reproduzir o teor do art. 380, I, “a”, do RICMS/97, que tem a seguinte redação.

“Art. 380 - São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte;

I - sendo o serviço prestado por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado (Conv. ICMS 25/90):

a) o remetente ou alienante das mercadorias, se for estabelecimento inscrito na condição de contribuinte normal ou especial, e desde que seja ele o contratante do serviço”.

Com base no dispositivo acima, não resta dúvida ser o autuado o responsável pela retenção e recolhimento do imposto sobre o serviço de transporte, devendo, por isso mesmo, ser mantida a exigência fiscal.

Infração 2 - A exemplo da infração anterior, este relator verificou que nas notas fiscais de emissão do autuado em que não consta a retenção do ICMS sobre o serviço de transporte, está consignado que o transporte foi contratado por transportador não inscrito, além de constar nos referidos documentos de que o mesmo é válido como conhecimento de transporte. Levando em consideração também o disposto no artigo acima citado, o autuado é o responsável pela retenção e recolhimento do imposto, pelo que mantenho a autuação.

Sobre a alegação do autuado, segundo a qual inúmeras prestações de serviços foram realizadas por transportadoras inscritas no cadastro estadual, deixo de acatá-la, já que não foi anexado pela defesa nenhum documento comprobatório, em apoio ao seu argumento.

Quanto ao argumento defensivo de que o contratante do serviço foi o destinatário da mercadoria, esclareço não merecer a minha acolhida, tendo em vista que nos documentos fiscais emitidos não consta no campo próprio tal condição.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$59.059,64.

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 279695.0006/03-3, lavrado contra **PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$59.059,64**, acrescido das multas de 150% sobre R\$24.546,52 e de 60% sobre R\$34.513,12, previstas no art. 42, V, “a”, II, “d” e VII, “a”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de dezembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR