

A. I. N° - 207110.0901/04-2
AUTUADO - GRANÍFERA SOC. BAHIANA IND E COM DE GRANITO E MÁRMORE
AUTUANTE - JECONIAS ALCANTARA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 24/10/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0382-03/05

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Constitui-se como débito fiscal o valor correspondente à diferença de alíquota no regime normal de apuração do imposto, e como crédito fiscal o valor correspondente a 1/48 por mês, na forma prevista no artigo 111, III, “a”, e parágrafo 17 do artigo 93, do RICMS/97. **Infração subsistente. b) BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. **Infrações caracterizadas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Exigência subsistente, após análise das provas documentais trazidas aos autos. **b) IMPOSTO RETIDO SOBRE SERVIÇOS DE TRANSPORTE PRESTADOS POR AUTÔNOMOS. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA PESSOA CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE.** Estando o destinatário localizado em outro Estado e não sendo contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas. **Infração não elidida. 4. EXPORTAÇÃO. INDICAÇÃO DA NATUREZA DA OPERAÇÃO COMO SENDO “EXPORTAÇÃO”, MAS SEM COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO PAÍS. EXIGÊNCIA DO IMPOTO.** Diligência fiscal não comprovou a efetivação da exportação. **Infração subsistente. É vedada a utilização do crédito fiscal do ICMS de frete relativo a transporte intramunicipal, ou interestadual, quando o transporte é efetuado por transportador autônomo em operação FOB. Não comprovado na contabilidade que o frete foi pago pelo estabelecimento autuado. Infração não elidida. Não se inclui na competência dos órgãos de julgamentos administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2004, exige imposto no valor de R\$ 458.987,19, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento – R\$31.468,41.
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento – R\$122.462,74.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento – R\$130.144,52.
4. Recolheu a menos ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual – R\$77.148,73.
5. Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação – R\$54.502,69.
6. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto – R\$43.260,10. Consta nas informações complementares que foi registrado no livro de Registro de Apuração do ICMS a título de “outros créditos” os valores do imposto retido de transportadores autônomos, referente a serviços de transporte de mercadorias vendidas a preço FOB, redundando em recolhimento a menos do imposto.

O autuado em sua peça defensiva, através de seu representante legalmente constituído (fl. 91), às folhas 75 a 83, impugnou o lançamento tributário na sua totalidade.

Diz que em relação às infrações 01, 02 e 03, o autuante não efetuou uma análise detalhada sobre os produtos constante das notas fiscais de compras, “glosou o crédito de ICMS e considerou que os produtos intermediários se destinavam ao ativo imobilizado e/ou material de consumo”.

Afirma que no seu entendimento é irrelevante se os bens (granalha, rebolo, rolamento, porca, lixa, disco, tira de aço), são ou não utilizados nas atividades do contribuinte ou integrem o produto final com saída tributada ou não.

Transcreve os Acórdãos de nº 234.292-2-16º CC de 14/06/94; JF 1548/99; CJF 0406-12/02; CJF 2168-12/01. Diz que é “pacífico o entendimento de que os materiais consumidos no processo produtivo, permite ao contribuinte industrial a utilização do crédito de ICMS”, e entende que é descabida a exigência de ICMS de diferença de alíquota dos produtos intermediários das infrações 01 e 02, bem como o crédito indevido relativo a tais produtos na infração de nº 03.

Quanto à infração 04, afirma que as notas fiscais de nº 3770, 3303, 3858, 3746, 3769, 3302, 3899, 3875, 3876, 3915, 3932, 3942, 3963, 3964, 4036, 4037 e 4038 foram emitidas contra contribuintes regularmente inscritos no cadastro de contribuintes, conforme o doc. 06 emitido pelo Sintegra que juntou ao processo.

No que se refere à infração 05, afirma que o autuante não observou que as mercadorias além de estarem acobertadas por notas fiscais (doc. 07) também se fazem acompanhar pelas respectivas guias de exportações (doc. 08).

Relativo à infração 06, diz que o autuante não observou que no livro de Apuração do ICMS (RAICMS) foi lançado o estorno de débito (doc. 09) que tinha sido escriturado indevidamente no Livro de Registro de Saída de Mercadorias (RSM). Ressalta que o lançamento a crédito do ICMS sobre frete no livro RAICMS, foi recolhido regularmente conforme DAE's anexos (doc. 10).

Cita o entendimento dos juristas Seabra Fagundes e Hely Lopes Meireles quanto a Auto de Infração ou Notificação Fiscal fundamentados em premissas falsas, inexistentes ou inidôneos, e afirma que por ser a autuação imotivada (falta de conteúdo, finalidade, forma), a mesma é nula.

Finaliza, requerendo que a autuação seja decretada nula e se não acatada, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 715 a 717, e apresenta os seguintes argumentos:

Em relação à infração 01, diz que as mercadorias relacionadas no demonstrativo à fl. 14, são destinadas ao ativo imobilizado da empresa e de acordo com a legislação indicada na infração é devido o ICMS da diferença de alíquota.

Quanto à infração 02, afirma que conforme apresentado na defesa, as mercadorias não integram o produto final da empresa e no seu entendimento se caracterizam como material de consumo, e é devido o ICMS da diferença de alíquota.

No que se refere à infração 03, assegura que trata do crédito fiscal utilizado indevidamente na aquisição de material de uso ou consumo, conforme mencionado na infração 02 e vedado a utilização do crédito fiscal.

Relativo a infração 04, relacionou as notas fiscais de nº 3770, 3303, 3858, 3746, 3769, 3302, 3899, 3875, 3876, 3915, 3932, 3942, 3963, 3964, 4036, 4037 e 4038, sobre as quais o autuado se manifestou na defesa, e indicou à fl. 716 diversas situações em que o autuado:

- 1) destacou ICMS a 17% e lançou no livro a 12%;
- 2) destacou o imposto e não lançou no livro próprio. Manteve a exigência total do ICMS desta infração.

Quanto à infração 05, falta de tributação de mercadorias de operação de exportação sem a devida comprovação, afirma que o autuado apresentou comprovação parcial totalizando R\$24.443,33, e que não pode acatar tal comprovação pelos motivos que relacionou por cada nota fiscal, em que foi remetido pelo autuado blocos de granitos e foram efetivamente exportados placas de granitos.

No que se refere à infração 06, diz que o autuado escriturou no livro RSM o débito de ICMS retido dos transportadores, e que estes valores não foram levados a débito no livro RAICMS e sim lançado a título de outros créditos anulando o recolhimento efetuado através de DAE's, o que no seu entendimento causou prejuízo ao Erário público estadual do ICMS retido dos transportadores.

Esta 3ª JJF converteu o processo em diligência à ASTEC (fl. 721) para que intimasse o autuado para que em relação às infrações 02 e 03:

- a) descrevesse as etapas do processo produtivo;
- b) descrevesse a função e a finalidade de cada material empregado no processo (fls. 15 a 23).

Em relação à infração 05: comprovar a alegação de que as placas de granito exportadas se trata das mesmas mercadorias remetidas para exportação blocos, inclusive o diligente verificar juntamente com preposto da empresa, se há condição de se estabelecer uma correspondência entre as mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas pelo autuante à fl. 717 e as mercadorias efetivamente exportadas.

Em relação à infração 06: Verificar se as notas fiscais de vendas das mercadorias (nº 2308 a 3183) registradas no livro de Registro de Saída de Mercadorias cuja cópia se encontra nas fls. 578 a 684, vinculadas a operação de frete contratado de transportadores autônomos, se:

- a) indicam se as vendas foram realizadas sob as cláusulas CIF ou FOB;
- b) na escrita contábil do autuado (Razão, Caixa), registra o frete contratado de terceiros pago pelo autuado ou se houve ressarcimento pelo comprador das mercadorias, do valor do frete objeto da autuação.

O diligente no parecer ASTEC nº 099/05 juntado às fls. 724 a 729, afirma que em relação às infrações 02 e 03:

- 1) que na verificação in loco constatou que o estabelecimento autuado exerce a atividade de beneficiamento de blocos de rochas graníticas, transformando-os em chapas de 2 e 3 cm. O processo produtivo se inicia com o descarrego de blocos adquiridos de granitos em média com 10 m3. Em seguida é conduzido por um carrinho para ser "fatiado" em chapas;
- 2) as chapas são carregadas até uma Politriz onde é polido até atingir um brilho para serem comercializadas;
- 3) apresentou um demonstrativo às fls. 731 a 744, no qual foram descritos as mercadorias e sua aplicação no processo produtivo.

Em relação à infração 05, disse que:

- a) conforme documentos relacionados às fls. 380 a 545, o autuado remeteu blocos de granitos, conforme cópias das notas fiscais juntadas às fls. 967 a 1010 e;
- b) foram exportados placas de granitos, conforme cópias das Guias de Exportações (GE) acostadas às fls. 381 a 543 e ladrilhos, cujas cópias das GE juntadas às fls. 398 e 402.

Afirmou que não foi possível estabelecer uma correlação entre as mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas pelo autuante (fl. 717) e as efetivamente exportada, tendo em vista que foram remetidos para exportação o produto bloco de granito em metros cúbicos e ter sido exportado chapas de 3 cm, citando a título de exemplo os documentos acostados pelo autuante às fls. 381 e 383 do PAF.

Disse que o autuado foi intimado para indicar representante para juntamente com ele tentar verificar a correlação entre os produtos remetidos e os efetivamente exportados, no entanto, o mesmo informou que "tais documentos encontram-se anexados à defesa (docs. 07 e 08)", os quais segundo entendimento do defendente "demonstram tratar-se das mesmas mercadorias" (fl. 1015).

Em relação à infração 06, afirmou que constatou que:

- 1) nas notas fiscais de nº 2308 a 3183 (2002) e 3184 a 4940 (2003), foram indicados o valor do frete, alíquota e valor do ICMS devido;
- 2) constam nas notas fiscais que o frete foi pago pelo remetente, ou seja CIF (fls. 824 a 883);
- 3) no livro Diário/Razão do autuado não consta frete contratado de terceiros ou ressarcimento do valor do frete;
- 4) não foi lançado o débito do ICMS no livro de Registro de Saída de Mercadorias, tendo indicado o valor na coluna de observações;
- 5) os DAES referentes ao pagamento de fretes (fls. 549 a 577) não foram contabilizados pelo autuado;
- 6) relativo ao exercício de 2003, o autuado debitou-se do imposto relativo a fretes (fls. 745 a 823).

A Inspetoria Fazendária cientificou o autuante (fl. 1018) e intimou o autuado (fl. 1019/1020) para tomarem conhecimento do resultado da diligência e concedeu prazo de dez dias para se manifestarem, o que não ocorreu de ambas as partes. O PAF retornou ao CONSEF para julgamento.

VOTO

O autuado suscitou à nulidade da infração 2 sob alegação de que legislação tributária estadual é inconstitucional. Tal alegação não pode ser acolhida tendo em vista que regras sobre o cálculo do ICMS da diferença de alíquota prevista na Lei Estadual (7.014/96) estão em perfeita harmonia com a Lei Complementar 87/96 e suas alterações. Ademais, nos termos do art. 167 do RPAF/BA, não compete a este órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo a falta de recolhimento do imposto da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (infrações 01 e 02); utilização indevida de crédito fiscal de referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (infração 03); recolheu a menor ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual (infração 04); falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país (infração 05) e do recolhimento a menor o ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto, referente a serviços de transporte de mercadorias vendidas a preço FOB (infração 06).

Quanto às infrações 01, 02 e 03, o autuado alegou que o autuante “glosou o crédito de ICMS e considerou que os produtos intermediários que se destinavam ao ativo imobilizado e/ou material de consumo”, uma vez que são materiais consumidos no processo produtivo, o que permite ao contribuinte industrial a utilização do crédito de ICMS e que no seu entendimento é irrelevante se os bens (granalha, reboło, rolamento, porca, lixa, disco, tira de aço, etc.), são ou não utilizados nas atividades do contribuinte ou integrem o produto final com saída tributada ou não.

O autuado citou as decisões contidas em diversos Acórdãos das Juntas e Câmaras do CONSEF:

- a) JF 1548/99 - que trata da utilização de crédito fiscal dos produtos fluido térmico e gás refrigerante utilizado no tratamento de água;
- b) CJF 0406-12/02 - que trata da utilização de crédito fiscal de materiais refratários utilizados na produção de placas de vergalhão de cobre e diatomita utilizada na embalagem do produto;
- c) CJF 2168/12-01 - que trata da utilização de crédito fiscal de cilindros utilizados na produção de grafite.

Em todas decisões citadas, os produtos enquadram-se, como produtos intermediários ou material de embalagem, sendo possível o aproveitamento do imposto como crédito fiscal, por se tratar de produtos que são consumidos no processo produtivo e são consumidos de uma só vez numa batelada, situação essa que difere do crédito exigido na presente autuação.

Esta 3ª JF converteu o processo em diligência à ASTEC (fl. 721) para intimar o autuado para descrever as etapas do processo produtivo e a função e a finalidade de cada material empregado no aludido processo (fls. 15 a 23). O diligente constatou que o autuado exerce a atividade de beneficiamento de blocos de rochas graníticas que após serrados se transforma em chapas de 2 e 3 cm. As chapas são polidas e comercializadas. Verifico que, pela descrição da função dos produtos relacionados na planilha apresentada pelo diligente (fls. 731 a 744), na sua maioria, os materiais objeto deste lançamento compõe-se de tira de aço, disco para desbaste, retentores, manilha, reboło diamantado, granalha de aço, bucha do amortecedor, lâmina para granito, resina,

oxilene para ferrugem, abrasivo, disco de lixa, abraçadeira para cabo de aço, peças para manutenção, chuveiro, roupas profissionais, ferro para construção, peças para manutenção manômetros e outros materiais que são classificados como peças de reposição de equipamentos, que embora sejam consumidos no processo produtivo do contribuinte, não se revestem da condição de insumos ou produtos intermediários, à luz do Parecer Normativo nº 01/81, da antiga PROFI, e do RICMS/97 e também material de uso/consumo (roupas profissionais) e material empregado em imóveis por acessão física ou reposição dos mesmos (manilha, chuveiro, ferro para construção) que não geram direito ao crédito (art. 93, V, “b” e 97, § 2º, III). Este é o entendimento que prevalece nas decisões proferidas neste CONSEF.

Ressalte-se também que não podem ser classificados como ativo fixo, por não possuírem as características inerentes àquele grupo de bens, tratando-se, na realidade, de materiais de uso e consumo do estabelecimento que se desgastam com o tempo, mas não rápido o bastante para serem considerados produtos intermediários, nem lento o bastante para serem classificados como ativo fixo. Assim, é inadmissível o uso do crédito fiscal relativo a tais entradas.

Saliento que, de acordo com o previsto no artigo 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, somente será admitido o crédito fiscal correspondente às aquisições de materiais de uso e consumo a partir de 01/01/07.

Dessa forma, considero também devido o ICMS em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições dos produtos anteriormente referidos, conforme determinam os artigos 1º, § 2º, inciso IV e 5º, inciso I, do RICMS/97.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que está correto o débito exigido nas infrações 1, 2, e 3 deste lançamento.

No que se refere à infração 04, o autuante relacionou no demonstrativo juntado às fls. 24 a 31, diversas notas fiscais, cujas mercadorias foram destinadas a consumidor final e que foram tributadas indevidamente pelas alíquotas interestaduais e não pela alíquota cheia (17%) prevista na legislação.

Na defesa apresentada, o autuado afirmou que as notas fiscais de nº 3770, 3303, 3858, 3746, 3769, 3302, 3899, 3875, 3876, 3915, 3932, 3942, 3963, 3964, 4036, 4037 e 4038 foram emitidas contra contribuintes regularmente inscritos no cadastro de contribuintes, conforme o documentos juntados às fls. 357 a 379.

Por sua vez, o autuante na informação fiscal (fl. 716), rebateu as alegações defensivas indicando a situação de cada notas fiscal.

Da análise dos documentos verifico que:

- a) A nota fiscal de nº 3770 (fl. 358), indica como destinatário a empresa Luiz Carlos Artoff Comércio de Veículos, com endereço à rua Raggi Tzar, 2054, bairro Bouqueirão, Curitiba-PR, tendo indicado no local da inscrição isento. Já a consulta do Sintegra (fl. 359) indica como destinatário a empresa com o mesmo titular, mas com inscrição estadual 90247423-40 e endereço na Rua Anne Frank, nº 2009, bairro Hauer, Curitiba-PR. Portanto, trata-se de venda a consumidor final e na nota fiscal foi grafado erroneamente a alíquota de 12% em vez da alíquota de 17%, conforme cópia do livro de Registro de Saída de Mercadorias (fl. 803).
- b) A nota fiscal de nº 3330 (fl. 360), o imposto foi grafado na nota fiscal, no entanto a cópia da folha do livro de Registro de Saída de Mercadorias (fl. 803), indica que não foi lançado o imposto.

- c) A nota fiscal de nº 3858 (fl. 362), indica inscrição estadual isenta, o imposto foi grafado pela alíquota de 17% na nota fiscal, no entanto a cópia da folha do livro de Registro de Saída de Mercadorias (fl. 811), indica que foi lançado erroneamente o imposto correspondente à alíquota de 12%.

E assim ocorreu com as demais notas fiscais (3746, 3769, 3302, 3899, 3875, 3876, 3915, 3932, 3942, 3963, 3964, 4036, 4037 e 4038), sobre as quais o autuado se manifestou na defesa. Assim sendo, restou comprovado o recolhimento a menor do ICMS relativo a operações de venda a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação sobre os documentos que o autuado impugnou na sua defesa.

Dessa forma, acato os valores indicados pelo autuante nos demonstrativos juntados às fls. 24 a 31, como os devidos na infração 04.

Em relação à infração 05, o defendente alegou que o autuante não observou que as mercadorias destinadas à exportação, estavam acobertadas por notas fiscais (fl. 380 a 545) e também das respectivas guias de exportações.

O autuante rebateu na informação fiscal (fl. 717) os argumentos defensivos de uma a uma nota fiscal (nº 2518, 2693, 2750, 3221, 3222, 3470, 3474, 3480, 3481, 3933, 3936, 3934, 3954, 3935, 3937, 3950 e 3974) alegando que as mercadorias remetidas pelo contribuinte para exportação não correspondia às mercadorias efetivamente exportadas, a exemplo da nota fiscal de nº 2518, em que foi remetido pelo contribuinte, 10 m3 de granito em bloco e a documentação de exportação apresentada se refere a peças de granito tamanho 15 x 15 x 3 cm".

Esta JJF, objetivando dirimir as divergências, determinou a realização de diligência à ASTEC, para que intimasse o autuado para juntamente com o diligente procurasse identificar a correlação entre a mercadoria remetida e a efetivamente exportada. No entanto o diligente, no seu parecer afirmou que conforme documentos relacionados às fls. 380 a 545, o autuado remeteu blocos de granitos em metros cúbicos (fls. 967 a 1010) e foram exportados placas de granitos de 3 cm, conforme cópias das Guias de Exportações (fls. 381 a 543) e ladrilhos (fls. 398 e 402), não sendo possível estabelecer uma correlação entre as mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas pelo autuante (fl. 717) e as efetivamente exportadas.

O diligente intimou o autuado para indicar um preposto da empresa para tentar identificar a correlação entre os produtos remetidos e os efetivamente exportados, o que não ocorreu, em virtude do mesmo ter informado que "tais documentos encontram-se anexados à defesa (docs. 07 e 08)".

Da análise dos documentos juntados ao PAF, a exemplo da nota fiscal nº 2518 (fl. 383) verifico que foram remetidos para a empresa Vixtriles Mármore e Granitos S/A, Inscrição Estadual nº 081.415.10-9, localizada na Av. Norte Sul, sn, Carapina, município de Serra-ES. Portanto, trata-se de operação de exportação indireta. O memorando de exportação nº 173 (fl. 381) vinculado ao Registro de Exportação (RE) nº 02/0311693-001 indica a exportação de 70,125m2 de "Chapas Pol 3 cm Juparaná Guaraná", enquanto a nota fiscal correspondente (2518) registra remessa de "Blocos de Granito Amarelo" de 2,80 x 1,60, x 2,25 metros, totalizando 10,020 M3. Situação quase idêntica ocorre com a nota fiscal de nº 2693 (fl. 394) e o respectivo Memorando e a Guia de Exportação (fls. 389 a 391). Na sua maioria, ocorreu a mesma situação, ou seja o autuado enviou para o exportador "bloco de granito" e a exportação efetivada foi de "chapas" ou "ladrilhos", a exemplo da nota fiscal nº 2750 (fl.405) e o respectivo Memorando de Exportação (fl. 398). A mesma situação se aplica às demais notas fiscais, sobre as quais o impugnante argumentou na defesa.

Pelo exposto, entendo que não ficou comprovado que as mercadorias exportadas se tratam das mesmas mercadorias efetivamente remetidas pelo autuado para exportação, tanto pela composição da mercadoria (bloco), e foi exportado chapas, o que implica ter ocorrido uma transformação, bem como pela designação da mercadoria, foram exportados "Granito Amarelo" e exportado ladrilho ou chapas tipo "Juparaná Guaraná".

Vale ressaltar que para o efetivo gozo do benefício fiscal, na exportação indireta, o produto deve ser exportado na qualidade que fora remetido (bloco de granito), isto é, não poderia sofrer, na empresa destinatária, qualquer processo de beneficiamento, rebeneficiamento, industrialização ou qualquer outro semelhante, exceto o reacondicionamento para embarque (art. 582, § 2º, I do RICMS/BA).

Assim sendo, não foi comprovado que a mercadoria exportada trata-se exatamente das mesmas mercadorias cujo crédito fiscal foi reclamado. Portanto, deve ser mantido os valores exigidos na infração 05.

Quanto à infração 06, a exigência fiscal refere-se a recolhimento a menor do imposto em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, por ter o autuado lançado indevidamente no livro RAICMS - Outros Créditos, de valores de imposto retido de transportadores autônomos, referente a mercadorias comercializadas a preço FOB.

O autuado alegou que o autuante não observou que no livro RAICMS (fl. 548), foi lançado o estorno de débito que tinha sido escriturado indevidamente no livro RSM (fl. 578) e que foi recolhido regularmente conforme DAES anexos (fl. 549).

Esta JJF determinou a realização de diligência para verificar se as notas fiscais de vendas das mercadorias (nº 2308 a 3183) registradas no livro de RSM cujas cópias se encontram nas fls. 578 a 684, estavam vinculadas a operação de frete contratado de transportadores autônomos:

- 1) sob as cláusulas CIF ou FOB;
- 2) se a contabilidade do autuado (Razão, Caixa), registra o pagamento do frete contratado.

O diligente no seu parecer (fl. 728) afirmou que:

- a) nas notas fiscais de nº 2308 a 3183 (2002) e 3184 a 4940 (2003), foram indicados o valor do frete, alíquota e valor do ICMS devido (fl. 824 a 1010);
- b) nas notas fiscais foi indicado que o frete foi pago pelo remetente, ou seja CIF (fls. 824 a 883);
- c) o livro Diário/Razão do autuado não consta frete contratado de terceiros ou ressarcimento do valor do frete;
- d) não foi lançado o débito do ICMS relativo a frete no livro de RSM, tendo indicado o valor na coluna de observações (exercício de 2002);
- e) relativo ao exercício de 2003, o autuado debitou-se do imposto relativo a fretes (fls. 745 a 823).
- f) os DAES referentes ao pagamento de fretes (fls. 549 a 577) não foram contabilizados pelo autuado;

Da análise dos documentos acostados aos autos, verifico que em relação ao exercício de 2002:

- a) O autuado destacou na nota fiscal o valor, a alíquota e o ICMS do frete (fl. 852 a 883), tendo indicado no documento fiscal que o frete era por conta do emitente (CIF). Já a cópia do livro Diário juntado às fls. 885 a 919, não registra pagamento de frete ou alocação desta despesa na Demonstração de Resultado do Exercício. Portanto, não ficou comprovado que o frete foi pago pelo autuado o que leva a concluir que a operação foi FOB e não CIF;

- b) O livro RSM, cuja cópia foi juntada pelo autuado às fls. 578 a 684, indica na coluna de "observações" o valor do ICMS retido por nota fiscal. Por sua vez, o livro RAICMS (fls. 548 a 576) indica que foi lançado a título de "outros créditos" o valor total apurado mensal. A exemplo do mês 01/2002, o valor apurado no RSM de R\$1.946,82 (fl. 585), não foi debitado neste livro ou no RAICMS, cujo DAE foi juntado à fl. 549, foi lançado no RAICMS a fl. 548 a título de outros créditos.

Pelo exposto, em se tratando de imposto retido na condição de responsável solidário (art. 380 a 382 cc art. 643 do RICMS/97), constato que o mesmo valor que foi recolhido ao Estado, conforme ressaltado pelo autuante, foi também creditado pela empresa. Se o frete tivesse sido pago pelo autuado, entendo que seria correto o crédito fiscal do frete. Como a diligência realizada não comprovou através dos registros na contabilidade do autuado de que o autuado sofreu o ônus do frete, é indevido o seu creditamento em relação ao exercício de 2002.

Da análise dos documentos acostados aos autos, verifico que em relação ao exercício de 2003:

- a) O autuado destacou na nota fiscal o valor, a alíquota e o ICMS do frete (fl. 824 a 851), tendo indicado no documento fiscal que o frete era por conta do emitente (CIF). Já a cópia do livro Diário juntado às fls. 922 a 966, registra o pagamento de frete e carretos de valor bem menor do que o dos indicados nas notas fiscais, a exemplo do mês 01/2003, que foi registrado o valor de R\$2.400,00, enquanto o valor do crédito lançado neste mês foi de R\$1.183,24 (fl. 922). Portanto, tudo indica que a despesa lançada no livro Diário refere-se a outras operações de frete contratado e não do frete contratado de transportadores autônomos, tendo em vista que pelo valor do crédito apurado e escriturado, teria uma base de cálculo superior ao que se encontra registrado (R\$2.400,00). Logo, da mesma forma que o exercício de 2002, não ficou comprovado que o frete foi pago pelo autuado e que a operação foi FOB e não CIF;
- b) O livro RSM, cuja cópia foi juntada pelo autuado às fls. 746 a 824, indica o lançamento na coluna de débito o valor do ICMS retido por nota fiscal. Por sua vez, o livro RAICMS (fls. 685 a 710) indica que foi lançado, a título de exemplo, o mês de janeiro/2003:
- 1) No item 06 do Crédito do Imposto, a título de "Outros Créditos - ICMS FRETE" o valor total apurado mensal de R\$1.183,24 (fl. 686);
 - 2) No item 07 do Crédito do Imposto, a título de "Estorno de Débitos - ICMS LANÇADO INDEVIDO" o mesmo valor de R\$1.183,24 (fl. 686);

Pelo exposto, em se tratando de imposto retido na condição de responsável solidário (art. 380 a 382 cc art. 643 do RICMS/97), constato que o mesmo valor que foi debitado no livro RSM, foi neutralizado a título de "Outros Créditos" e como não há prova nos autos de que o frete tenha sido pago pelo autuado, o que legitimaria o direito ao crédito fiscal do frete pelo contribuinte, ao fazer um segundo lançamento do crédito a título de "Estorno de Débito" relativo ao crédito, lançou uma vez além do que foi neutralizado na operação anterior, estando portanto, caracterizada a infração.

Por tudo que foi exposto, julgo totalmente procedente a infração 06.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207110.0901/04-2, lavrado contra **GRANÍFERA SOC. BAHIANA IND E COM DE GRANITO E MÁRMORE LTDA.**, devendo o autuado

ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$458.987,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f”, VII, "a", respectivamente, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR – JULGADORA