

PROCESSO - A. I. Nº 206880.0110/05-6
RECORRENTE - PEVAL S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0075-01/06
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 03/01/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0522-12/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE. MERCADORIA SAÍDA DO ESTABELECIMENTO COM A CLÁUSULA FOB. Não existe previsão na legislação, permitindo o creditamento realizado pelo contribuinte. Infração caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO VALOR DO FRETE DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. A legislação estabelece que as denominadas despesas acessórias, debitadas aos destinatários, integram a base de cálculo do imposto. Infração caracterizada. 3. TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Subsiste a autuação por se tratar de operações sujeitas a tributação pelo ICMS. 4. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infração caracterizada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. Mantida a exigência fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Decisão que condenou o contribuinte em R\$515.958,04, acrescido de acessórios, estando limitado o apelo empresarial às infrações 1, 2, 4, 5 e 6.

As infrações objeto da autuação estão descritas nos seguintes termos:

1. Utilizou indevidamente, na condição de remetente da mercadoria, crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora. Total da Infração: R\$ 233.141,08.
2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta que o contribuinte recolheu a menor ICMS em decorrência da não inclusão do valor do frete na base de cálculo do imposto, conforme Anexo III, nos meses de fevereiro a setembro de 2002, novembro e dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003 e janeiro de 2004. Total da Infração: R\$ 66.212,15.
3. Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Consta que o autuado recolheu a menos ICMS em decorrência da divergência de valores entre os documentos fiscais (N.F.'s) e livros Registro de Saídas, conforme Anexo IV, no mês de setembro de 2001. Total da Infração; R\$ 4.775,69.

4. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro a dezembro de 2004. Conforme Anexo V. Total da Infração: R\$208.680,08.
5. Deixou de recolher ICMS retido, 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, no mês de setembro de 2001. Conforme Anexo VI. Total da Infração: R\$3.496,84.
6. Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Deixou de recolher o ICMS em função da falta de lançamento das notas fiscais no livro Registro de Saídas, e, conseqüentemente, na apuração do imposto a recolher, no mês de abril de 2003. Conforme Anexo VII. Total da Infração: R\$4.427,89.

Em sede de defesa firmada por advogado legalmente constituído, argüiu o contribuinte em preliminar nulidade do Auto de infração por ofensa ao Princípio da Verdade Material, eis que inconsiderados pela fiscalização os documentos comprobatórios da licitude da conduta empresarial.

Reitera a nulidade, desta feita, por conta da violação ao princípio da segurança jurídica dos atos administrativos.

No mérito, especifica sua finalidade social, qual seja, mineração, compreendendo as atividades de prospecção, pesquisa e lavra de minerais, beneficiamento, transformação e posterior comercialização.

Ao impugnar as Infrações 1 e 2, sustenta erro formal no preenchimento das notas fiscais auditadas, pois destacou-se as operações FOB, quando os preços praticados foram na modalidade CIF. Alega que os recibos acostados ao PAF, comprovam que o pagamento dos fretes foram efetuados pelo autuado.

Concernentemente à Infração 3, assevera que o valor do frete foi indevidamente incluído na base de cálculo do imposto, esclarecendo que o valor da base de cálculo pode ser verificado somando-se os valores dos produtos das notas fiscais de remessa para depósito, anexadas ao PAF. Acrescenta que, os valores destes “débitos” geram créditos na filial, que entretanto foram escriturados sem inclusão dos valores dos fretes, não havendo qualquer prejuízo ao erário.

Para a Infração 4, entende que a autuação importa em bitributação, eis que descabido o destaque do imposto na nota fiscal de transferência de propriedade.

Relativamente à Infração 5, alude, uma vez mais, a erro formal, consubstanciado na inclusão da base de cálculo do ICMS o valor do frete, sendo o valor a ser recolhido levado e debitado na apuração do período, rendendo ensejo ao recolhimento insuficiente do tributo. Pede que seja compensado o valor do débito com os créditos acumulados em outras operações.

No que diz respeito à Infração 6, repisa a ocorrência de erro formal, o que caracterizaria no máximo descumprimento de obrigação acessória, uma vez recolhido todo ICMS nas operações em evidência.

Ratifica a infração 1, uma vez que os valores dos fretes, ditos pagos, deveriam estar escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS, na coluna de débito do imposto, a título de outros débitos, ou compor a base de cálculo do ICMS, como preceitua a norma tributária, o que efetivamente não ocorreu. Enfatiza ainda que o preço do bloco de granito praticado na modalidade CIF é consideravelmente superior ao praticado ao preço FOB, demonstrando que as operações objeto da autuação ocorreram com preço FOB.

Mantém a infração 2, ao argumento de que os valores dos fretes não foram incluídos na base de cálculo do imposto, registrando que estas despesas são em muitas vezes superiores à própria base de cálculo do imposto. Reporta-se ainda às razões da procedência da infração anterior.

Entende infractas as razões de defesa relativas à infração 3, pois torna-se incompreensível que as despesas com fretes estejam incluídas regularmente na base de cálculo do imposto e não sejam transferidas para o livro Registro de Saídas, acarretando o recolhimento a menor do imposto.

Sustenta para reiterar a infração 4 que as operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos são tributadas normalmente, descabendo cogitar-se de bi-tributação.

No caso da infração 5, observa o autuante que o contribuinte reconheceu sua procedência, ensejo no qual requereu a compensação com créditos a si destinados em outras operações.

Reitera a infração 6, aduzindo que as notas fiscais objeto da autuação de nºs 1574, 1575 e 1576, não foram lançadas no competente livro Registro de Saídas (fl. 10), e o valor total do imposto debitado do livro Registro de Saídas, foi literalmente transferido para o livro Registro de Apuração do ICMS (fl. 102) no valor de R\$9.256,03, o que confirma a autuação.

Pugna ao final pela preservação da autuação.

A 1ª JJF julga Procedente em Parte o Auto de infração, rejeitando, a preliminar de nulidade, vez que ação fiscal se desenvolveu regularmente, portanto, dentro dos parâmetros legislativos, tendo enfrentado todas questões postas na impugnação, e prestigiado os Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e Contraditório.

Ao conhecer da infração 1, o *‘a quo’* avaliza a autuação ao fundamento de que somente quando ocorre a tributação simultânea da operação e da prestação de serviço de transporte, cabe cogitar-se de apropriação de crédito pelo remetente da mercadoria nas operações realizadas a preço CIF. Arrima seu convencimento no artigo 95, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97, transcrito na Decisão, certificando a inexistência de duplicidade de tributação do frete.

Ao arrostar a infração 2, a JJF não empresta relevância a alegação empresarial de erro no preenchimento da nota fiscal – ausência de consignação do preço CIF -, pois na apuração do ICMS o frete não compôs a base de cálculo. Manteve a infração.

Quanto à infração 3, a JJF certificou-se que o contribuinte fez incidir o ICMS sobre a remessa interna para depósito, conduta em desacordo com o comando do artigo 6º, inciso VI, alíneas “a”, “b” e “c”, do RICMS/97, transcrito no voto. Concluiu, assim, ser indevida a infração ora evidência, descabendo cobrar-se a complementação de ICMS. Julgou Improcedente a acusação.

Valendo-se igualmente do artigo 6º, inciso VI, alíneas “a”, “b” e “c”, do RICMS/97, reitera a JJF que a saída e retorno internos de mercadoria destinada a depósito não se constituem em hipótese de incidência do ICMS, sendo, ademais, indevido o destaque do ICMS na nota, como inadvertidamente procedeu o contribuinte. Entende, contudo, que nas operações de transferência da propriedade da mercadoria, o contribuinte deveria destacar o ICMS, por se tratar de fato gerador do tributo. Afastou ainda a alegação de bitributação, ressaltando o direito à restituição de valores recolhidos indevidamente, desde que indefectivelmente demonstrado. Neste diapasão, entendeu procedente a infração 4.

No que atine à infração 5, observa o *“a quo”* que o contribuinte reconhece a equivocidade da escrituração, o que ensejou o pagamento insuficiente do ICMS. Esclarece, ademais, que a pretensão empresarial de apropriação de crédito submete-se às regras dispostas no artigo 108, inciso II, alínea “c”, § 2º, incisos I e II, do RICMS/97, transcrito no voto.

A infração 6 alveja as Notas Fiscais nºs 1574, 1575 e 1576, não escrituradas nem lançadas nos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS. A alegação empresarial limita-se a contraditar tais fatos, sem, contudo, lograr êxito na infirmação da constatação fiscal. Preservou a JJF a autuação neste particular.

Em síntese, a JJF, excetuando-se a infração 3, totalmente reformada, a JJF julgou a autuação parcialmente procedente impondo a condenação no patamar de R\$ 515.958,04, acrescidos dos acessórios, procedendo à remessa necessária à 2ª Instância de julgamento, *‘ex vi’* do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

A Decisão ‘*a quo*’ desafia Recurso Voluntário tempestivamente interposto às fls. 131/145, pugnando pela reforma da Decisão primária para julgar improcedente as infrações 1, 2, 4, 5 e 6.

Reapresenta as mesmas alegações defensivas, reiterando as preliminares de nulidade por ausência de fundamentação e ofensa ao Princípio da Verdade Material.

No mérito, reitera a ocorrência de erro formal, tendo sido consignado nas notas fiscais operações a preço FOB, quando factualmente a venda se deu a preço CIF. Adverte que os valores dos fretes não compuseram a base de cálculo do ICMS. Ressalta ainda que não houve transferência da propriedade, o que, segundo entende, renderia ensejo à apropriação do crédito. Pugna pela improcedência das infrações 1 e 2.

Concernentemente à infração 4, sustenta a não transferência da propriedade, tendo sido destacado o ICMS em operações não tributadas. Para as operações de exportação, onde houve a transferência da propriedade, defende o creditamento, ao tempo em que entende improcedente a acusação fiscal.

No caso da infração 5, limitou-se o recorrente a pugnar pela compensação do valor em débito com créditos decorrentes de outras operações.

Ao pretender a improcedência da infração 6, alega a inexistência de prejuízos ao erário pela falta de escrituração das notas fiscais de saídas, pois todos os débitos de ICMS destacados foram debitados no registro da apuração. Admite, porém, no máximo, o descumprimento de obrigação acessória.

Instada a d. Procuradoria, dignamente representada pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, às fls. 892/896, recomenda o Não Provitamento do Recurso Voluntário.

Após pertinentes observações sobre a conceituação das cláusulas FOB e CIF nas operações mercantis, o signatário assentou que nas operações na modalidade CIF, na qual o frete compõe a base imponible do ICMS, o legislador previu a concessão de crédito para obviar a bitributação. Ressalta, porém, que o creditamento está condicionado ao destaque do ICMS, inclusive a expressa identificação da operação e a emissão de CTR com o destaque do tributo.

Constata adiante a ausência do atendimento destes requisitos, limitando-se o recorrente a aludir mero erro de preenchimento dos documentos fiscais. Assim, o recorrente não logrou provar a inclusão do frete no valor das operações, tendo apenas e tão somente colacionado comprovantes de pagamento do frete.

Em outra vertente, aduz que os CTRs coligidos “*apenas comprovam o pagamento do ICMS sobre o serviço de transportes, não se prestando à prova de que o frete também teria sido pago na operação de venda das mercadorias.*”

Invoca, e transcreve, os arts. 95 e 646 do RICMS, concluindo pela inexistência de crédito em favor do contribuinte, vez que restou incontroverso que o valor do frete não foi incluído na base de cálculo do valor final da operação. Sustenta a manutenção das infrações 1 e 2.

Opina, igualmente, pela preservação da infração 6, pois indubitável que as notas fiscais de fls. 888/890, não foram escrituradas nos livros fiscais.

Após o opinativo da d. Procuradoria, o Relator, à fl. 901, requereu diligência à ASTEC, em face dos docs. de fls. 149/890, que acompanham o apelo voluntário, tendo sido exarado o Parecer de nº 0159/2006, às fls. 903/904, firmado pelo Assistente do CONSEF, Dr. Ciro Seifert.

Neste Parecer a ASTEC descreve didaticamente as operações realizadas pelas empresas referenciadas no Auto de infração. Esclarece que o contribuinte possui duas filiais, uma instalada no município de Riacho de Santana e outra em Salvador, e que o armazém geral localiza-se na cidade de Vila Velha, estado do Espírito Santo.

Assim, examinados os documentos juntados pelo recorrente em consonância com o anexo V do Auto de Infração, a ASTEC detalha as etapas das operações realizadas:

- A filial de Riacho de Santana remete os blocos de granito para o armazém - operação interestadual tributada em 12%, descrita como “remessa para depósito”;
- A filial de Riacho de Santana emite nota fiscal para a filial de Salvador no final do mês, sem destaque - operação descrita como “transferência de propriedade”;
- exportação dos produtos;
- crédito fiscal de 12%, supondo a ASTEC decorrente da nota fiscal retorno simbólico, ante a ausência de informações empresariais.

Adiante, a ASTEC informa que a controvérsia gravita em derredor da 2ª etapa acima transcrita, pois o Auto de Infração exige ICMS à alíquota de 17%, ‘ex vi’ art. 12, I, da LC Nº 87/96. Entende equivocada a conduta do recorrente, passando a descrever a correta ordem das etapas que envolvem as operações ora em destaque:

- A filial de Riacho de Santana transfere simbolicamente os blocos de granito para a filial de Salvador, com ICMS à alíquota de 17%, sendo o crédito fiscal apropriado por esta última;
- A filial de Salvador remete os blocos para o armazém, operação tributada à alíquota de 12% (interestadual);
- exportação dos blocos;
- crédito fiscal à alíquota de 12% através de nota fiscal de retorno simbólico.

Certificando que o próprio contribuinte admite a utilização do crédito decorrente da exportação, circunscreve a controvérsia na licitude da exigência do ICMS, à alíquota de 17%, nas operações de transferência interna dos blocos da filial de Riacho de Santana para a filial de Salvador;

Conclui, por derradeiro, ante a perda de objeto da diligência requerida à fl. 901, prescindível a providência.

VOTO

Antes de avançar no exame do mérito do Recurso Voluntário, mister se impõe declinar o assentimento do relator às conclusões do Parecer ASTEC nº 0159/2006, pelo que a diligência requerida à fl. 901 resta superada em virtude da perda de seu objeto.

O procedimento fiscal observou o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, tendo sido lavrado dentro dos parâmetros estabelecidos pelo art. 18 do RPAF. Todas as oportunidades, outrossim, foram criadas para a exteriorização da irrisignação empresarial, pelo que se impõe o avanço no enfrentamento do mérito.

Restou incontroverso que os valores dos fretes não compuseram a base de cálculo do ICMS, nem foram escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS. Outrossim, o recorrente não logrou apresentar os documentos fiscais com o devido destaque do ICMS e a identificação precisa da operação pela modalidade CIF, na forma estabelecida pelo art. 646, do RICMS. Neste diapasão, mantenho a Decisão de base, no que atine às infrações 1 e 2.

No que atine à infração 4, o recorrente partiu da premissa pela qual a operação de transferência da propriedade dos blocos de granito entre as filiais não seria tributada. Ocorre que, consoante o art. 12, I, da LC Nº 87/96, as operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos são tributadas normalmente, à alíquota de 17%.

Outrossim, descabe cogitar de bitributação, mormente ante as prescrições legislativas que suportam a autuação, podendo o recorrente aviar pedido de restituição relativamente aos valores ditos indevidamente recolhidos decorrentes do destaque do ICMS nas operações de remessa para depósito neste Estado. Mantida a infração 4.

A infração 5 foi reconhecida pelo recorrente, tanto que limita sua pretensão recursal à compensação com créditos oriundos de outras operações. Mantida a infração 5, ressalvando que a legislação tributária estadual prevê o meio próprio para consecução deste fim.

No que se refere à infração 6, insta constatar que o recorrente não se desincumbe do seu ônus de provar a escrituração e lançamento nos livros de Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS das Notas Fiscais nºs 1574, 1575 e 1576. Mantida a infração 6.

Portanto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão atacada por seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de infração nº **206880.0110/05-6**, lavrado contra **PEVAL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$515.958,04**, sendo R\$62.061,51, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$453.896,53, acrescido das multas de 60% sobre R\$450.399,69 e 70% sobre R\$3.496,84, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e V, “a”, da citada lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS