

PROCESSO - A. I. Nº 279127.0017/05-3
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A – ILPISA
(VALEDOURADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0323-03/06
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 13/03/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0065-11/08

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE A PREÇO CIF. Restou comprovado pelo sujeito passivo, após diligência realizada pela ASTEC, a legitimidade do crédito fiscal utilizado, na condição de destinatário das mercadorias que arcou com o ônus do imposto relativo ao frete. Remanesce, entretanto, parte da imputação quanto aos valores creditados em alguns meses do período fiscalizado. Infração subsistente em parte. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0323-03/06, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal do imposto, relativo a frete CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF – fls. 111 a 114 - inicialmente afastou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, por entender que a descrição dos fatos no Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e o da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, bem como foram acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal, não se encontrando no PAF os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99. Consignou, ainda, a desnecessidade da realização de diligência, indeferindo-a com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, por entender que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões sobre a lide.

No mérito, a JJF foi pela procedência da autuação, consignando que no caso de mercadoria cuja operação seja efetuada a preço CIF e o transporte realizado pelo adquirente – situação que o autuado diz lhe ser aplicável - a legislação prevê que seja observado o disposto no art. 644 do RICMS/BA, que transcreve. Consignou, ainda, que em relação às operações a preço CIF, o art. 95 do RICMS/97 estabelece que o crédito fiscal a ser utilizado será o valor destacado na respectiva Nota Fiscal, e sendo o transporte efetuado por empresa transportadora, o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte, e estas situações não foram comprovadas pelo defendente para justificar a utilização dos créditos fiscais. Aduz que na nota fiscal acostada aos autos a título de exemplo pelos autuantes não constam os dados do transportador, inclusive quanto ao frete, se por conta do remetente ou destinatário das mercadorias, inexistindo, também, qualquer indicação de que o frete foi pago pelo autuado, como alegado em sua impugnação. Assim, concluiu que não restando provado pelo sujeito passivo a legitimidade do crédito fiscal utilizado, na condição de destinatário das mercadorias, a exigência é subsistente.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 145 a 151 - onde pede a reforma do Julgado, repetindo os argumentos defensivos quanto às nulidades que suscitou. Aduz, ainda, em preliminar, que teve seu direito de defesa preterido, pois os autuantes teriam juntado aos autos quando da informação fiscal uma

cópia de nota fiscal sem que tivesse lhe sido dada a oportunidade de se manifestar sobre a mesma, muito embora constasse um despacho do próprio CONSEF solicitando que lhe fosse dada ciência deste fato. Inconforma-se com a negativa da diligência solicitada, alegando que ela esclareceria que o ônus do frete foi arcado pela empresa e que o preço do leite é previamente combinado com os seus produtores e, dada a extensão dos documentos necessários para a comprovação, não podem os mesmos ser anexados aos autos. Afirma que no próprio voto do Relator está claro que não há certeza de quem efetivamente arcou com o ônus do frete, se a empresa ou o produtor, o que provaria que a Decisão foi precipitada e equivocada, sendo necessária a diligência solicitada.

No mérito, acrescenta como fato novo que a JJF não observou a natureza da operação do estabelecimento autuado, já que suas operações não são geradores de ICMS a recolher, pois opera com a compra de leite junto a produtores e os transfere in natura, operações amparadas pelo diferimento, e assim entende que a eventual tomada de créditos supostamente indevidos não causa prejuízo ao erário, inclusive porque tais créditos não serviram para abater débitos.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 164 a 167, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, afastando as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente afirmando que a lei não prevê que o contribuinte seja intimado para justificar previamente a infração que lhe é atribuída, como queria o contribuinte que ocorresse; também aduz que o documento acostado pelos autuantes nada mais e do que cópia de uma nota fiscal da lavra da empresa recorrente e cujo original se encontra em seu poder, sendo desnecessário assim que dela tivesse vista. Afirma, ainda, que está correto o indeferimento da diligência, pois a par do fato dos elementos constantes dos autos revelarem-se suficientes para o conhecimento da lide, o contribuinte não logrou demonstrar a necessidade do seu pedido. No mérito, entende que o recorrente não conseguiu comprovar que arcaria com o custo do frete, além do fato de não ter agido conforme preceitua o art. 644 do RICMS na hipótese de preço CIF. Em relação ao argumento de que não houve prejuízo ao Fisco, consigna que a empresa não comprova que de fato não realiza nenhuma saída tributada, mas que ainda se assim fosse o crédito fiscal tem natureza escritural, além do que os créditos acumulados podem ser transferidos a terceiros, o que pode ocasionar, sim, prejuízo ao Estado.

Na assentada do julgamento, o processo foi convertido em diligência a ASTEC – conforme fls. 223 - para que fiscal revisor efetuasse verificação “*in loco*” nos livros e demais documentos do contribuinte, correlatos ao período autuado, bem como analisasse os procedimentos adotados pelo contribuinte no exercício de suas atividades, com o fito de constatar se de fato a ele cabe o ônus sobre o frete, como alega. Solicitou-se, ainda, que fosse verificado se houve recolhimento do ICMS sobre o frete, no período objeto da autuação, e elaborado novo demonstrativo de débito, se necessário.

Em cumprimento à diligência solicitada, a ASTEC, através de Parecer de nº 150/2007 - fls. 225 a 227 – após consignar que foi anexado aos autos – fls. 228 a 315 – o detalhamento das operações efetuadas pelo autuado, conforme contratos de prestação de serviços de transporte de leite “*in natura*”, quando da aquisição de leite e procedimentos quanto ao pagamento do frete, o fiscal revisor informa o que se segue:

- I. O autuado contrata transportadores autônomos, sendo efetivados através de contratos previamente assinados, constando dos contratos a prestação do serviço que será executada, a forma de pagamento e itinerário, sendo que o mesmo efetuará o transporte de leite “*in natura*” da fazenda do fornecedor à plataforma de recepção do autuado;
- II. Mensalmente, efetua-se a apuração dos quilômetros percorridos, de todos os pontos de coleta, os quais constam de mapas elaborados pelo autuado, por transportador, conforme documentos anexados ao PAF (fls. 234, 236 e outras), sendo então efetuado o pagamento do frete ao transportador através de recibos datados e assinados (fls. 233, 235 e outras);
- III. Sobre o valor do frete pago, o autuado efetua o recolhimento do ICMS, conforme DAES anexos às fls. 316 a 348, apurado através dos mapas mensais, cujos valores são creditados no livro Registro de Apuração do ICMS.

Conclui o revisor da ASTEC que restou efetivamente comprovado que houve o recolhimento do ICMS sobre o frete no período autuado, ao tempo que elabora planilha – fls. 349 – seguindo os mesmos parâmetros dos autuantes, considerando os valores registrados no livro Registro de Apuração do ICMS e guias de recolhimento do autuado, reduzindo-se o débito original lançado de R\$133.158,72 para R\$6.964,55, conforme demonstrativo de débito que anexa ao referido Parecer.

Às fls. 354 a 357, consta manifestação do recorrente, depois de cientificado do resultado revisional, onde ao tempo que ressalta que o auditor diligente acertadamente concluiu que o pagamento dos fretes foi efetuado de fato pela empresa, como sempre defendeu, ocorreram algumas divergências quando da escrituração do Registro de Apuração do ICMS no período autuado, o que resultou ainda em valor a pagar, conforme demonstrativo elaborado pelo fiscal revisor, mas que no período de junho/2003, julho/2003 e fevereiro/2004, houve recolhimento indevido por parte da empresa, já que neste período não mais havia a incidência do ICMS sobre serviço de transporte nas prestações internas, em função do Decreto nº 8.413/02, que começou a produzir efeitos a partir de 01/01/03, conforme §7º do art. 1º do RICMS/BA.

Assim, entende que deve ser deduzido do valor remanescente exigido, conforme demonstrativo de débito elaborado pelo revisor, os valores pertinentes a tais meses, restando como devido, o que reconhece, o valor de R\$4.784,81.

VOTO

Em relação às preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, como bem frisou a Procuradora que subscreveu o opinativo da douta PGE/PROFIS, as mesmas devem ser de pronto rechaçadas, visto que o Auto de Infração foi lavrado em obediência aos ditames legais e regulamentares, não apresentando qualquer vício que o inquene de nulidade, além do que não houve preterição do direito de defesa pelo fato de não ter sido intimado a tomar ciência da nota fiscal acostada pelos autuantes às fls. 108 dos autos, e nem tampouco pelo indeferimento da diligência suscitada.

E de fato, em relação à primeira nulidade suscitada não há amparo legal para o procedimento que o recorrente entende deveria ter sido seguido pelos autuantes, qual seja intimar a empresa para justificar o lançamento e, caso remanescessem dúvidas, converter a ação fiscal em diligência. Assim, não há que se falar em preterição de direito de defesa, posto que, intimado do lançamento de ofício, a empresa teve o prazo para o exercício deste direito, como determinam as normas regulamentares. No que toca a segunda nulidade suscitada, a nota fiscal acostada aos autos pelos autuantes quando da informação fiscal é um documento fiscal da lavra do próprio recorrente, portanto em seu poder, citado e anexado a título de exemplificação de como a empresa procedia, e tal fato por si só afasta a alegação de preterição de defesa, pois qual seria o fim de dar vista de um documento que a própria empresa o detém?

Em relação à última preliminar de nulidade – alegação de preterição de direito de defesa na negativa da diligência – a mesma encontra-se superada diante do acatamento do referido pedido de diligência por parte desta Câmara de Julgamento Fiscal.

No mérito, constata-se que a autuação prende-se ao fato do contribuinte ter utilizado crédito fiscal do ICMS sobre prestações de serviço de transporte que teria sido realizado, como alega os autuantes, com cláusula CIF, ou seja, com o custo do transporte arcado pelo remetente da mercadoria.

Após a diligência realizada pela ASTEC, restou comprovado, da análise dos contratos celebrados entre o recorrente e os transportadores autônomos, dos pagamentos do ICMS sobre o serviço de transporte tomado pelo recorrente – vide documentos de arrecadação anexados aos autos pelo fiscal revisor – fls. 316 a 348 – e dos livros fiscais e demais documentos correlatos, que o ônus do frete foi suportado pela empresa e não pelos produtores, dos quais adquire leite in natura.

E de fato, a legislação alberga o uso do crédito fiscal por parte do estabelecimento destinatário, nas operações a preço FOB, assim considerado aquelas em que as despesas de frete e seguro corram por conta do destinatário da mercadoria, nos termos do parágrafo único do art. 645 do RICMS/BA e do art. 94, I, “b”, abaixo transcritos:

“Art. 645. No transporte de mercadoria cuja operação de circulação seja realizada a preço FOB, sendo o transporte efetuado:

Parágrafo único. Entende-se por preço FOB aquele em que as despesas de frete e seguro:

I - corram por conta do destinatário da mercadoria; ”

“Art. 94. Nas operações efetuadas a preço FOB (art. 645), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto anteriormente cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:

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

b) por transportador autônomo, poderão ser utilizadas pelo destinatário, como crédito fiscal, tanto o valor do imposto relativo à operação como o relativo à prestação;”

No entanto, conforme constatado pelo fiscal revisor, considerando os valores registrados a crédito no livro Registro de Apuração e os DAEs de recolhimento do período autuado e com base no mesmo critério utilizado pelos autuantes – apuração dos saldos do ICMS em cotejo débito versus crédito, mês a mês – remanesce como devido o valor de R\$6.964,55, conforme Demonstrativo de Débito constante do resultado revisional – fls. 227. Registre-se que o próprio recorrente, em sua manifestação ao resultado da revisão, confessa que de fato *“ocorreram algumas divergências quando da escrituração do Registro de Apuração do ICMS, no período autuado”*.

Por outro lado, não merece acatamento o pedido do recorrente de exclusão dos valores pertinentes aos meses de junho e julho de 2003 e fevereiro de 2004, constantes do Demonstrativo de Débito elaborado pelo revisor, ao argumento de que em tais meses não mais havia tributação sobre a prestação interna de serviço de transporte, tendo havido, assim, recolhimento a menor. Embora de fato a legislação baiana tenha desonerado tais prestações a partir de 01/01/2003, conforme determina o §7º do art. 1º do RICMS/BA, os valores citados pelo recorrente não se referem a valores recolhidos a título de imposto sobre o frete, mas valores resultantes da evolução dos saldos do contribuinte - débitos e créditos - no período autuado.

Assim, não há que se falar em exclusão destes valores do referido Demonstrativo, resguardado o direito do recorrente de pleitear restituição do imposto efetivamente recolhido nestes meses, constante em documentos de arrecadação, na forma do art. 74 e seguintes do RPAF/BA.

Ante o exposto, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, alterando a Decisão Recorrida para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279127.0017/05-3, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRAS DOS ÍNDIOS S/A – ILPISA (VALEDOURADO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$6.964,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS