

A. I. N°	- 279127.0064/07-8
AUTUADO	- INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A - ILPISA
AUTUANTES	- KÁTIA MARIA DACACH MACHADO FRÁGUAS e WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR
ORIGEM	- IFEP SUL
INTERNET	- 24. 03. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0034-01/09

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE A PREÇO CIF. Restou comprovado pelo sujeito passivo, após diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, a legitimidade do crédito fiscal utilizado, na condição de destinatário das mercadorias, que arcou com o ônus do imposto relativo ao frete. Infração insubsistente. **b)** ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Infração não caracterizada. É legal o estorno ou anulação do tributo recolhido indevidamente, mediante utilização de crédito fiscal, recebido em transferência. Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF trouxe aos autos a comprovação da legitimidade do crédito fiscal transferido. Rejeitada a nulidade arguida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2007, reclama ICMS no valor de R\$ 185.019,60, em decorrência do cometimento das seguintes infrações imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente, na condição de destinatário de mercadorias, crédito fiscal de ICMS, relativo a frete CIF, com serviço efetuado por transportador autônomo, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 98.728,61, acrescido da multa de 60%;
2. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto, nos meses de janeiro a junho de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 86.290,99, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte estornou o débito, depois de transferir crédito entre estabelecimentos da mesma empresa: Maiquinique para Ilpisa Itapetinga.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 64 a 73, na qual inicialmente, esclarece o seu objeto social, que consiste na industrialização de leite e seus derivados, bem como, que se dedica a atividade agrícola em geral, a comercialização de seus produtos e à exploração de postos de abastecimento de combustível para consumo próprio.

Diz que possui alguns postos de captação de leite no Estado da Bahia, dentre eles o de Maiquinique, cujo objeto é armazenar o leite adquirido junto aos produtores da região, e posteriormente transferir o leite para a sua unidade fabril, localizada no município de Itapetinga. Ressalta que as remessas acima referidas são realizadas com diferimento do imposto, sendo que as entradas que ocorrem em Maiquinique, quando tributadas geram o direito ao crédito do imposto. Afirma que a unidade de Maiquinique não é geradora de débito do ICMS pelas natureza das operações que realiza com diferimento.

Aduz que a unidade de Maiquinique como não tem débito acumula crédito que é transferido mensalmente em parcelas de créditos acumulados para a unidade fabril de Itapetinga.

Afirma que, estranhamente a fiscalização glosou tanto os créditos tomados de aquisições de serviços de transportes, como as transferências dos créditos acumulados para Itapetinga.

Referindo-se ao mérito da infração 01, afirma que o argumento é de que o frete foi CIF, ou seja, o ônus do frete não foi do autuado, mas dos fornecedores de leite, contudo, tal argumento pode ser combatido com os documentos que diz possuir que demonstram o contrário.

Registra que chamou a sua atenção o fato de não ter sido solicitado pelos autuantes os documentos de arrecadação que comprovam os pagamentos do ICMS sobre o frete, pagos pela ILPISA. Questiona como pode ser atribuída a condição de frete CIF ou FOB por mera presunção?

Prosseguindo diz que a totalidade das guias de recolhimento feitos pela ILPISA, estão anexadas aos autos às fls. 95 a 154.

Apresenta explicação do que ocorre na prática, dizendo que a ILPISA contrata transportadores autônomos para fazer a coleta de leite nas diversas fazendas e dar entrada no Posto de Maiquinique, transferindo posteriormente o leite para a fábrica de Itapetinga. Cita como exemplo os documentos às fls. 155 a 213, cópias de alguns contratos firmados com os transportadores autônomos.

Sustenta que após a análise de toda documentação não restará dúvida sobre quem efetivamente pagou o frete e o respectivo imposto, no caso a ILPISA. Pede o cancelamento deste item da infração.

Atacando infração 02, afirma que a transferência de créditos foi feita com amparo no artigo 114-A do RICMS/BA, que reproduz.

Apresenta quadro (fl. 70) no qual demonstra a acumulação dos créditos em Maiquinique e posterior transferência para a fábrica de Itapetinga, onde se verifica a origem dos créditos – operações normais e sobre o frete substituição tributária- que totalizam R\$ 86.290, 99 e o total das transferências no mesmo valor.

Alega que os valores referentes ao ICMS sobre frete – substituição tributária – foram lançados em duplicidade na infração 01.

Assevera que as transferências dos créditos foram feitas dentro dos padrões exigidos pela legislação do ICMS, através de notas fiscais, conforme demonstrado às fls. 227 a 233.

Pede a improcedência deste item da autuação.

Prosseguindo, argúi a nulidade do Auto de Infração, invocando a Lei Federal nº 9.784/99, reproduzindo o seu artigo 2º, afirmando que a ação fiscal não atendeu as formalidades legais impostas, cerceando o seu direito de defesa, como também não foi intimado para justificar o lançamento dos créditos.

Evoca o princípio da verdade material, para dizer que caberia ao fiscal uma análise mais profunda através de amostragem ou mesmo totalidade dos meses fiscalizados para verificar a veracidade dos argumentos defensivos.

Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja cancelado e arquivado.

Os autuantes apresentaram informação fiscal às fls. 235 a 236, contestando as alegações defensivas relativas à infração 01, afirmando que os documentos apresentados provam o contrário do que alega o autuado. Ou seja, o ônus do frete foi do verdadeiro contribuinte, no caso, o produtor, sendo o autuado apenas responsável pela retenção e recolhimento do ICMS. Acrescentam que a alegação do contribuinte de não ter sido solicitado pela fiscalização também

não procede, haja vista que não está sendo contestada a falta de recolhimento do imposto, mas, a utilização indevida de crédito fiscal.

Prosseguindo, reportam-se ao Auto de Infração nº 279127.0017/05-3, lavrado contra a filial de Itaju do Colônia, onde dizem restou evidenciado que o ônus do frete recaiu sobre o produtor, pois na nota fiscal constava o registro como valor total do leite o total bruto, que seria “o preço ajustado entre as partes”.

Afirmam que se o frete fosse de responsabilidade do autuado, deveria ser consignada a cláusula FOB, caso em que os valores do frete não estariam inclusos no preço da transação, permitindo assim a utilização do crédito fiscal pelo autuado. Acrescentam que outro fato que afasta a argumentação do autuado é o desconto do Funrural, pois, a legislação caracteriza o produtor como contribuinte, podendo, inclusive, este se aposentar em momento posterior por ter contribuído, caso os argumentos defensivos fossem procedentes o autuado estaria suportando tais contribuições.

No que concerne à infração 02, dizem que é certo ter o contribuinte direito de transferir créditos porventura existentes em uma filial para outro estabelecimento da mesma empresa, porém, não pode transferir fazendo os lançamentos respectivos e posteriormente estornar os débitos efetuados no estabelecimento que efetuou a transferência do crédito, após o creditamento no outro estabelecimento, ou seja, transferiu o crédito depois anulou o débito que havia efetuado, incorrendo em irregularidade.

Concluem mantendo integralmente a autuação.

A 1ª JJF, após discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à IFEP/SUL (fls. 239/240), a fim de que os autuantes ou outro Auditor Fiscal designado adotassem as seguintes providências:

- relativamente à infração 01, verificasse se as prestações de serviço de transporte de carga, objeto da glosa de crédito de que cuida o Auto de Infração são internas ou interestaduais. Caso houvesse prestações interestaduais elaborasse demonstrativo, apenas com os valores referentes a tais prestações, juntando cópias dos documentos fiscais que originaram o crédito fiscal;

- quanto à infração 02, esclarecesse porque as Notas Fiscais lançadas no livro Registro de Apuração do ICMS de uso normal, pelo autuado a débito, no item "Outros Débitos", relativas à transferência de saldo credor, com a anotação da expressão "Transferência de Saldo Credor" não atendem a disposição do artigo 114-A, §§ 1º e 2º, do RICMS/97, já que não foi possível identificar pelos elementos existentes nos autos, a irregularidade apontada.

Os autuantes cumprindo a diligência (fls. 242/243) esclareceram quanto à infração 01, que todas as operações são relativas ao transporte do leite adquirido dos produtores, portanto, operações internas, contudo, não está sendo exigido o creditamento indevido de ICMS sobre o frete, mas, a utilização por parte do destinatário de crédito relativo à operações com frete CIF. Ou seja, o autuado reteve e recolheu ICMS que não seria devido e, posteriormente, lançou com outros créditos, porém, sem ter direito, tendo em vista que, o ônus foi suportado pelo substituído, no caso, o produtor rural.

No respeitante à infração 02, dizem que o erro não está nas notas fiscais de transferências, mas, no fato de ter o autuado estornado indevidamente os débitos que ele fizera quando da transferência dos créditos para a matriz, conforme lançamentos no Registro de Apuração do ICMS às fls. 41 a 46 dos autos.

Finalizam manifestando o entendimento de que a diligência fica prejudicada e mantêm integralmente a autuação.

Intimado o autuado, este se manifestou às fls. 246/252, reiterando as razões defensivas e discordando do entendimento manifestado pelos autuantes. Afirma que concorda com as

questões levantadas pela Junta de Julgamento por serem necessárias para esclarecimento dos fatos. Diz que foram feitos recolhimentos indevidos por serem as operações internas, sendo a forma mais apropriada o lançamento no livro RAICMS na coluna “Outros Créditos” de todos os valores pagos de forma indevida. Acrescenta que a glosa de tais créditos implica no enriquecimento sem causa do Estado, sendo correta a restituição da forma como realizada.

Prosseguindo, sustenta que o ônus do frete foi seu, apesar de dizer que tal situação não tem relevância, tendo em vista que está sendo tratado um enriquecimento indevido do Estado. Reitera que os documentos anexados aos autos, como cópias de contratos com transportadores autônomos e respectivos recibos deixa claro que o pagamento do frete e do respectivo ICMS ficou sempre a cargo da Ilpisa. Pede que este item da autuação seja julgado improcedente.

Quanto à infração 02, tece diversos comentários sobre a diligência cumprida pelos autuantes, e reitera que as notas fiscais de transferências estão corretas e os créditos fiscais transferidos são legítimos, inexistindo qualquer prejuízo para o Estado. Requer a improcedência deste item da autuação.

Após a instrução do processo para julgamento, o autuado apresentou petição (fls. 270/271), requerendo a juntada de documentos relativos à decisão recente da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que ao julgar o Auto de Infração nº 279127.0017/05-3, cuja matéria é a mesma apontada no item 01 do Auto de Infração em lide, porém, em período diverso, reformou a decisão de primeira instância que julgara procedente a autuação, fundamentada no resultado da diligência solicitada à ASTEC/CONSEF, conforme o Acórdão CJP Nº. 0065/11/08.

A 1ª JJF, considerando a decisão acima referida, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 315/316), a fim de que, relativamente à infração 01, o diligente verificasse “*in loco*” nos livros e demais documentos do contribuinte, referentes ao período autuado, bem como, analisasse os procedimentos adotados pelo contribuinte no exercício de suas atividades, a fim de constatar se de fato sobre ele recaiu o ônus do frete, como alega, como também verificasse se houve recolhimento do ICMS sobre o frete, no período objeto da autuação.

Com relação à infração 02, verificasse a legitimidade dos créditos fiscais lançados e, posteriormente, fizesse a reconstituição da escrita fiscal do autuado no período fiscalizado, a fim de determinar se o estorno indevido de débito realizado no livro Registro de Apuração do ICMS implicara ou não, em transferência indevida de crédito fiscal, ou seja, se independentemente do estorno de débito, existia crédito suficiente para amparar as transferências realizadas.

Através do Parecer ASTEC Nº 158/2008 (fls. 318 a 321), o ilustre revisor da ASTEC/CONSEF, trouxe os esclarecimentos de que, relativamente à infração 01, foi verificado “*in loco*”, nos livros e demais documentos do contribuinte, referentes ao período autuado, bem como analisados os procedimentos adotados pelo contribuinte no exercício de suas atividades, a fim de constatar se de fato sobre ele recaiu o ônus do frete, conforme alega, como também, se houve recolhimento do ICMS sobre o frete, no período objeto da autuação.

Acrescentou o diligente que, às fls. 155/158, 177/179, 204/206 e 209/211, consta 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.

Afirma que da análise dos procedimentos efetuados pelo autuado, constata-se que este contrata transportadores autônomos, sendo efetivados através 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.

Esclarece que, 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 acostados aos autos às fls. 155/213, sendo então efetuado o pagamento do

frete ao transportador através recibos datados e assinados, conforme documentos anexados às fls. 160/176, 182/203, 207/208 e 212/213. Acrescenta que, sobre o valor do frete pago, o autuado efetua o recolhimento do ICMS, conforme DAE's anexados às fls. 95 a 154, apurado através dos mapas mensais. Diz que estes valores são creditados no livro Registro de Apuração do ICMS.

Registra que dessa forma, restou comprovado que efetivamente houve o recolhimento do ICMS sobre o frete, no período objeto da autuação.

No que concerne à infração 02, diz o diligente que foi verificada a legitimidade dos créditos fiscais lançados, conforme fls. 41 a 46, sendo reconstituída a escrita fiscal do autuado, no período fiscalizado, a fim de determinar se o estorno indevido de crédito realizado no livro de Registro de Apuração do ICMS implicou ou não, em transferência indevida de crédito fiscal, ou seja, foi verificado que independentemente do estorno de débito, existia crédito suficiente para amparar as transferências realizadas, conforme extrato de recolhimentos às fls. 323 a 328 e demonstrativo à fl. 322.

Concluiu o diligente que, após verificações na escrita e documentos fiscais do autuado, ficou evidenciado que o pagamento dos fretes e os recolhimentos do ICMS, lançados no RAICMS, foram efetuados pelo autuado.

Quanto à infração 02, consigna que foi verificada a legitimidade dos créditos fiscais lançados, conforme as fls. 41 a 46, sendo reconstituída a escrita fiscal do autuado, no período fiscalizado, conforme demonstrativo à fl. 322.

Intimado o autuado para ciência do resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF (fl. 331), este acusa o recebimento, contudo, silencia.

Os autuantes se manifestaram sobre a diligência solicitada (fl.334), afirmando que esta fica prejudicada, pois o que precisa se definir não é quem efetuou o pagamento do frete e recolheu o ICMS, mas, sim, quem efetivamente sofreu o ônus dos referidos pagamentos. Reiteram o entendimento de que quem sofreu o ônus foi o produtor rural que teve os valores dos fretes deduzidos de sua receita de venda de leite. Apresentam o seguinte questionamento: Se um desses produtores rurais apresentar um pedido de restituição de ICMS sobre o frete – considerando que nas operações internas não existe incidência de ICMS sobre as prestações de serviços de transportes-, apresentando como prova do recolhimento indevido as notas fiscais de venda de leite onde consta que lhe foi retido tal imposto, este produtor tem ou não direito a restituição? Respondem o questionamento que apresentam, dizendo que o produtor terá direito à restituição por ser ele o verdadeiro contribuinte. Reiteram o entendimento e opinam pela procedência da autuação.

Após a instrução do processo para julgamento, o contribuinte apresentou petição na Coordenação de Administração do CONSEF, requerendo o adiamento do julgamento pautado para o dia 13/03/2009, para a sessão imediatamente seguinte, por motivos que justifica.

Na assentada de julgamento, a 1ª JF deliberou pelo atendimento do pedido do autuado e adiou o processo para a sessão seguinte, conforme determina o Regimento Interno do CONSEF.

VOTO

A princípio, no que concerne às preliminares de nulidade argüidas pelo autuado, não há como prosperar, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em obediência aos ditames legais e regulamentares, não apresentando qualquer vício que o inquene de nulidade, tendo sido observado o direito de ampla defesa e o contraditório. Ademais, a realização de diligências solicitadas por esta Junta de Julgamento visou atender ao princípio do contraditório e da busca da verdade material, cujos resultados trouxeram elementos necessários para formação do convencimento deste órgão julgador e, por consequência, decisão da lide.

No mérito, relativamente à infração 01, observo que a autuação decorre do fato de haver o autuado utilizado crédito fiscal do ICMS sobre prestações de serviço de transporte que teria sido realizado, conforme a acusação fiscal, com cláusula CIF, isto é, com o custo do transporte arcado pelo remetente da mercadoria.

A diligência solicitada a ASTEC/CONSEF, cujo resultado encontra-se traduzido no Parecer ASTEC Nº 158/2008, juntamente com os documentos acostados aos autos, permite comprovar após análise dos contratos celebrados entre o autuado e os transportadores autônomos; dos pagamentos do ICMS sobre o serviço de transporte tomado pelo autuado, conforme documentos de arrecadação anexados aos autos pelo diligente e dos livros fiscais e demais documentos correspondentes, que o ônus do frete recaiu sobre a empresa autuada e não sobre os produtores, dos quais adquire leite “in natura”.

Assim sendo, não resta dúvida que o autuado na condição de destinatário da mercadoria e contratante do serviço de transporte, efetivamente, faz jus ao crédito fiscal, haja vista que, consoante previsto nos artigos 645, parágrafo único, e 94, I, “b” todos do RICMS/BA, a situação fática se apresenta como operações a preço FOB e não CIF, conforme a autuação.

A propósito, reproduzo abaixo parte do voto da ilustre relatora Sandra Urânia Silva Andrade, no Acórdão CJF nº 0065-11/08, referente ao julgamento do Auto de Infração nº 279127.0017/05-3, lavrado contra o outro estabelecimento da empresa autuada, cuja matéria é a mesma tratada no Auto de Infração em exame, onde se verifica que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal modificou a decisão de primeira instância que julgara procedente a autuação.

“VOTO

(...)

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;”

(...)

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.”

Portanto, este item da autuação é integralmente insubsistente.

A título de esclarecimento, faço dois registros que se apresentam necessários sobre a presente lide.

O primeiro, diz respeito à desoneração das prestações de serviços de transportes internas, a partir de 01/01/2003, conforme previsto no § 7º do artigo 1º do RICMS/BA. Na realidade, o autuado se encontrava desobrigado de efetuar o pagamento do ICMS no período da autuação, isto é, de 2003 a 2005, valendo dizer que, o valor indevidamente recolhido se encontrava passível de restituição, na forma do artigo 165 do Código Tributário Nacional. Contudo, considerando que os valores recolhidos foram lançados como crédito fiscal e restou comprovada a legitimidade do creditamento realizado, certamente, a situação se normaliza.

O segundo registro, diz respeito ao questionamento apresentado pelos autuantes sobre o direito à restituição que poderia ser formalizada pelo produtor. Sobre esta matéria, não resta dúvida que tendo o autuado arcado com o ônus do frete, conforme comprovado nos autos, a este caberia o direito à restituição do indébito e não ao produtor, conforme estabelece o artigo 166 do Código Tributário Nacional.

No respeitante à infração 02, a diligência realizada pela ASTEC/CONSEF permitiu comprovar a legitimidade do crédito fiscal utilizado pelo autuado, haja vista que este dispunha de saldo credor para amparar as transferências realizadas, conforme reconstituição da escrita feita pelo diligente e documentos acostados aos autos. Infração insubsistente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279127.0064/07-8, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A – ILPISA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR