

A. I. - 232875.0128/09-7
AUTUADO - COMPANHIA LECO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS
AUTUANTE - ANTONIO LUIS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 10. 12. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0415-01/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE. MERCADORIA SAÍDA DO ESTABELECIMENTO COM A CLÁUSULA CIF. O art. 95, inciso I, alínea “c” do RICMS-BA veda o uso do crédito fiscal relativo ao serviço de frete referente a operações efetuadas sob cláusula CIF por parte do destinatário. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Recolhimento a menos do ICMS referente aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. Constatada incoerência entre a acusação e levantamento fiscal. Infração nula. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. NULIDADE. Falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2009, exige do autuado o valor de R\$30.363,32, em razão das seguintes infrações:

- 1 – Utilizou indevidamente, na condição de destinatário da mercadoria, crédito fiscal de ICMS no valor de R\$26.738,98, relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente, relativo ao período agosto, outubro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005. Multa de 60%;
- 2 – Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial no valor de R\$800,53, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, relativa a janeiro de 2005. Multa de 60%;
- 3 – Multa de R\$2.823,81 por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro e junho de 2005.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 214/223), arguindo preliminares de nulidade por cerceamento do direito de defesa, pois a fiscalização não demonstrou os motivos que ocasiona a impossibilidade do aproveitamento do crédito do ICMS destacado nas notas fiscais, não citou legislação, não permitindo a verificação e compreensão da efetiva vantagem outorgada, de modo que o Auto de Infração ofende o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal e o inquina de nulidade. Transcreve decisões do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo.

Esclarece que ocorreu apenas um erro de digitalização nos CTCs nos quais deveria constar como pago o frete pelo impugnante, mas constou como pago pelo remetente, sendo que o valor foi devidamente destacado nas notas fiscais que acobertaram as operações. Nega que utilizou

indevidamente o crédito fiscal de ICMS relativo ao frete, como também não deixou de efetuar os devidos recolhimentos do ICMS e nem deixou de registrar suas mercadorias na escrita fiscal.

Diz que o Auto de Infração é nulo por vício processual, porque antes de sua lavratura a fiscalização deveria ter intimado o impugnante para realizar o estorno dos créditos supostamente aproveitados de forma indevida.

Quanto ao mérito, diz que não praticou nenhuma das infrações aludidas, devendo o juízo administrativo interpretar os dispositivos legais de forma mais favorável ao impugnante, como previsto no art. 112 do CTN, considerando a inexistência de falta de pagamento de ICMS e a presunção da verdade de seus lançamentos contidos em seus livros e documentos fiscais ou contábeis, devendo o auto ser cancelado.

Diz que q multa de 60% é inadequada e tem natureza confiscatória contrariando o art. 150, inciso IV da Constituição Federal e mesmo se existisse obrigação tributária de a impugnante pagar o imposto exigido no AI persistiria a irregularidade da penalidade, porque não existiu infração quanto ao não recolhimento do imposto.

Concluindo, pede a improcedência do lançamento, ao tempo que requer, sucessivamente, caso seja cancelada parcialmente a autuação, que seja realizado uma nova conta de apuração do crédito tributário em razão das irregularidades admitidas como existentes pelo órgão administrativo, solicitando o prazo de 10 dias para juntada dos documentos fiscais referentes ao período compreendido no AI. Requer, por fim, que as intimações sejam encaminhadas para o signatário da peça defensiva, com escritório na Av. Brigadeiro Faria Lima nº 2.012 – 5º andar, cj. 53, São Paulo – SP – CEP. 01469-926.

Na Informação Fiscal de fl. 510, o autuante diz que o que se extrai da Defesa é a alegação de cerceamento de defesa, sustentada sob argumentos de imprecisão no enquadramento e tipificação das infrações fiscais, bem como dos relatórios elaborados, mas que no Auto de Infração se verifica com exatidão e clareza a descrição das infrações cometidas, bem como sua tipificação e enquadramentos legais. Ademais, produziu os relatórios de fls. 8 a 15, demonstrando com dados precisos extraídos dos documentos fiscais originais que o autuado forneceu para a realização da ação fiscal, dos quais anexa cópia às fls. 20 a 28, bem como dos livros fiscais onde tais documentos foram registrados e através do qual foram levantadas as irregularidade.

VOTO

Preliminarmente, rejeito a nulidade argüida pelo autuado, por cerceamento do direito de ampla defesa, pois verifico que diversamente do alegado na peça defensiva, o autuante considerou todos os documentos que lhe foram apresentados na auditoria realizada, enquadrou perfeitamente as infrações indicando os dispositivos legais infringidos e sugeriu as penalidades pertinentes. Verifico, também, que foram observadas as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, no que concerne à lavratura do Auto de Infração, especialmente o artigo 39, seus incisos, alíneas e parágrafos. Da análise dos elementos constantes nos autos, vejo que em momento algum o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, inclusive constando dos demonstrativos que subsidiam as infrações a ciência do autuado.

No mérito, observo que relativamente à Infração 01, o autuado se restringiu a negar o cometimento da infração alegando, ainda na parte preliminar da Defesa, que ocorreu apenas um mero erro de digitalização no documento referente ao Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas no qual deveria constar como pago o frete pelo impugnante constou pago pelo remetente.

A utilização do crédito fiscal relativo aos serviços de transporte nas operações a preço CIF está prevista no artigo 95, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97, conforme transcrito abaixo:

“Art. 95. Nas operações efetuadas a preço CIF (art. 646), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:

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

a) (...)

b) (...)

c) por empresa transportadora, o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte constitui crédito fiscal do estabelecimento vendedor ou remetente, se for contribuinte do imposto, vedada a sua utilização, como crédito fiscal, por parte do destinatário;”

No caso de frete a preço CIF, o remetente da mercadoria cobra o frete, que está destacado na nota fiscal, e debita no RAICMS o valor do ICMS referente à mercadoria e ao frete. Neste caso, o transportador debita no RAICMS sobre a prestação de serviço o valor do ICMS sobre o frete. Haverá portanto dois lançamentos a débito, para a mesma prestação de serviços de transporte interestadual. O destinatário utilizará o crédito sobre o valor do ICMS constante na nota fiscal (mercadoria + frete), e o remetente utilizará o crédito sobre o valor do frete, que ele pagou, com vistas a anular o lançamento a débito. Tudo isso previsto na chamada “restituição”, para impedir a tributação em duplicidade.

Portanto, vê-se na legislação acima transcrita, expressa vedação de uso do crédito fiscal relativo ao frete nas operações efetuadas a preço CIF por parte do destinatário.

Entretanto, observo que no demonstrativo de fls. 9 a 12 estão relacionados os CTCs relativos cujos ICMS de cláusula CIF (frete pago) foi indevidamente utilizado pelo autuado na qualidade de destinatário como registrado no seu livro de apuração do ICMS, conforme indicado no citado demonstrativo, pelo que constato que a infração está perfeitamente caracterizada, devendo ser mantida.

Já com relação à Infração 02, vejo que a acusação se refere a recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial prevista no art. 352-A do RICMS, mas o demonstrativo de fls. 13 a 16 contemplando notas fiscais de diversos períodos de apuração e que a subsidia, registra “Levantamento Fiscal de Antecipação e/ou Substituição Tributária nas Entradas” prevista nos artigos 352 e 353, incisos I e II do RICMS, o que demonstra discrepância entre a acusação e o levantamento fiscal a ela relativo. Ademais, verifico que no demonstrativo há erro no cálculo para se apurar a diferença a recolher relativa à antecipação parcial quando o autuante aplicou incorretamente a alíquota de 10% (sic) por esta resultar do valor entre o ICMS calculado sobre a base de cálculo do documento fiscal à alíquota interna de 17% e o ICMS destacado na nota fiscal e calculado à alíquota interestadual, razões pelas quais considero nula a infração nos termos do art. 18, inciso IV, “a” do RPAF, recomendando à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal para esta infração a salvo de falhas.

Do mesmo modo, em referência à Infração 03 que trata da acusação de que o autuado deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, razão pela qual o autuante aponta a penalidade prevista no art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, no valor de R\$2.823,81, também a considero nula com base no mesmo artigo e inciso que respalda a nulidade da infração anterior, pois nos autos não se encontram os documentos nem demonstrativo ou qualquer outro papel de trabalho que comprovem o seu cometimento por parte do autuado, o que torna o lançamento a ela relativo sem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração acusada.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração por restar subsistente a Infração 01, ao tempo que com fundamento no art. 21 do RPAF, recomendo à autoridade competente novo procedimento fiscal em relação às infrações 02 e 03, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232875.0128/09-7**, lavrado contra **COMPANHIA LECO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.738,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal referente às infrações 02 e 03, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR