

A. I. Nº - 298942.0605/15-0
AUTUADO - FIACO CORES & CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02.02.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0016-01.16

EMENTA: ICMS. 1. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Imputação reconhecida pelo contribuinte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. Imputação reconhecida pelo contribuinte. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado nos autos que se trata de serviços de transporte prestados por terceiros, o que obriga a empresa a incluir, na base de cálculo do tributo, o valor referente ao frete. Infração procedente. 3. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Item reconhecido. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR LANÇADO NO LIVRO E O EFETIVAMENTE RECOLHIDO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado, em 25/06/15, para exigir o ICMS no valor total de R\$466.447,38, imputando ao contribuinte o cometimento de seis irregularidades, como a seguir descrito:

Infração 1 - recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$991,53, decorrente de erro na apuração dos valores do imposto. Consta, ainda, que o contribuinte utilizou carga tributária menor que a devida em operações no ECF, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Multa: 60%;

Infração 2 - deixou de recolher o ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$5.151,81, relativo ao ajuste de estoque de produtos incluídos no Regime de Substituição Tributária (mês de janeiro de 2011). Multa: 60%;

Infração 3 - efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

Consta, ainda, que o “contribuinte deixou, na maior parte, de incluir o FRETE no cálculo da Antecipação Tributária de operações, principalmente cimento e pisos adquiridos a preço FOB. Apresentou a posteriori contrato de locação de veículos sem reconhecimento de Firma e na documentação existem conhecimentos de transporte ou recolhimento de ICMS/FRETE para o Estado de Minas que descaracterizam os contratos de locação, uma vez que, transporte próprio não haveria a emissão de conhecimento de transporte de empresa outra e também não seria devido o ICMS FRETE para o Estado de Minas, conforme recolhimentos” (sic), no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. ICMS: R\$249.955,23. Multa: 60%;

Infração 4 - recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$1.999,03, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de março a setembro de 2011. Multa: 60%;

Infração 5 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no montante de R\$1.093,45 (mês de dezembro de 2013). Multa: 60%;

Infração 6 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no montante de R\$207.256,33 (período de janeiro de 2013 a maio de 2015).

Consta, ainda, que foi detectada “*divergência entre ICMS ST por antecipação informado na DMA e recolhido*”.

O autuado apresentou impugnação apenas em relação à infração 3, afirmando que “*não poderá pagar ICMS sobre uma hipótese que sequer ocorreu o fato gerador do tributo*”. (sic)

Diz que se trata de “*cobrança de ICMS sobre frete, com a observação de que há contrato de locação comprovador de que houve transporte próprio. É dizer, o fato gerador do ICMS, necessariamente, demanda um contrato de transporte de terceiro, pois não pode haver incidência do imposto quando o transporte é realizado pelo próprio contribuinte. Nesse sentido, vasta a doutrina e a jurisprudência*”.

Transcreve o ensinamento de Leandro Paulsen, de que “*somente se pode cogitar de prestação de serviços quando existem duas (ou mais) pessoas (físicas ou jurídicas), qualificando-se como prestador e tomador (usuário) de serviços, sendo heresia jurídica falar em ‘serviços consigo mesmo’*”.

Reproduz também o artigo 437, e seu § 1º, do RICMS/BA lembrando que “*quando a empresa efetuar o transporte da mercadoria por ele revendidas com veículo próprio ou alugado, está configurado o transporte de carga própria, não havendo prestação de serviço de transporte e consequentemente ICMS frete*”.

Entende que “*basta a comprovação de que o veículo é próprio através da apresentação do contrato de locação/comodato/ arrendamento de veículos que a tributação não deve ocorrer*”, não havendo que se exigir a propriedade plena do veículo, como se deu na espécie, sendo bastante a locação.

Conclui que se o contribuinte, embora não proprietário do veículo, tem a sua posse, não poderá ser cobrado o ICMS/FRETE, tendo em vista a inocorrência do fato gerador do tributo.

Afirma que “*houve erro casual de um conhecimento de frete, o que não tem o condão de afastar todos os contratos de locação e a verdade constante dos fatos*” e que “*seguindo o princípio contábil da primazia da essência sobre a forma, deve-se atentar para o que de fato ocorreu, ainda que a forma não esteja revestido de requisitos previstos na legislação*”.

Argumenta que, “*como há contrato de locação e como, de fato, tem havido o transporte da mercadoria pelo próprio contribuinte, não há que se anular todas as operações porque, isoladamente, ocorreu um conhecimento de frete, fruto de erro do contribuinte*”.

Acrescenta que “*seguindo diretriz do art. 112 do direito tributário, em casos de dúvidas sobre o que de fato ocorreu, deve-se sempre interpretar de modo mais favorável ao contribuinte quando a hipótese envolve punição*”.

Prossegue aduzindo que “*a única hipótese ocorrida não tem o condão de afastar todos os contratos de locação existentes na espécie, fato esse impeditivo da cobrança do ICMS contido na infração 03*”.

Por fim, requer o acatamento de suas alegações e o reconhecimento do parcelamento efetuado em relação às demais infrações do lançamento de ofício.

O autuante prestou informação fiscal aduzindo que “*durante os trabalhos de fiscalização, verificamos que o contribuinte não calculou corretamente a base de cálculo de produtos da ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, deixando de acrescentar as despesas da aquisição como o transporte pago a referida base de cálculo*”.

Acrescenta que “o contribuinte apresentou contratos de locação conforme anexamos na lavratura do auto de infração as fls. 245 a 256 e na infração mencionamos que os contratos de locação apresentados, não havia reconhecimento de firma ou registro em Cartório - não que isso tivesse alguma importância - no entanto, juntado o descrito e que existem vários conhecimentos de transporte com as mesmas placas dos caminhões "ditos" locados e ainda, quase a unanimidade (exceto os que estão com conhecimento de transporte) apresenta recolhimento de ICMS transporte para o Estado remetente (MG), descaracterizando completamente a alegação”.

Afirma, ainda, que “o valor da base cálculo de mercadoria enquadrada na ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA é único, ou seja, é o valor da mercadoria (inclui todas as despesas relacionadas - entre elas o frete) vezes o MVA. Esse foi o cálculo realizado pelo valor REAL da mercadoria, conseguido através de próprios documentos apresentados pelo contribuinte, utilizando o Art. 23, I, "b" combinado com o § 4º da Lei 7.014 de 04/12/96 e no caso, utilizando os valores reais declarados em conhecimentos de transporte, consignando o valor único para o cálculo de uma mesma mercadoria (cimento) de um mesmo fornecedor - qualquer outro critério traria um valor dúbio para uma mesma mercadoria, de um mesmo fornecedor”.

Ressalta, por fim, que “existe na infração outras cobranças de mercadorias e também de despesas não acrescentadas a base de cálculo da mercadoria que não se refere especificamente a cimento, o que não foi questionado ou apresentado qualquer prova de frete próprio - como não poderia apresentar por ter documentos, da mesma forma do cimento que desmistificam a alegação”.

Finalmente, pede a manutenção do auto de infração.

Os documentos de fls. 288 a 294 comprovam que o autuado efetuou o recolhimento parcelado das infrações não contestadas (itens 1, 2, 4, 5 e 6).

VOTO

A defesa versa apenas sobre a infração 3, por meio da qual se exige o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, por não ter sido incluído o valor do frete, contratado a preço FOB, na base de cálculo da substituição tributária. Foi mencionado, ainda, que o trabalho fiscal foi elaborado com base nos conhecimentos de transporte emitidos pelas empresas transportadoras.

O contribuinte alegou que não estava obrigado a incluir o valor do frete, porque o transporte foi feito em veículo próprio (arrendado), consoante os contratos de locação anexados às fls. 245 a 255 dos autos.

Analisando os mencionados contratos de locação, constatei que foram todos firmados no dia 01 de setembro de 2010, com os Srs. Marcopolo Farias de Oliveira, Salatiel Pontes de Barros, Simeão Horácio Camilo da Silva, Jaime Sérgio dos Santos “e outros”, Carlos Henrique Duarte e a empresa Transporte Duarte Ltda., domiciliados na cidade de Ipatinga, em Minas Gerais.

Examinando os documentos que embasaram a autuação, verifiquei que se trata de conhecimentos de transporte emitidos, na quase totalidade, por empresas transportadoras que não possuem nenhuma vinculação com as pessoas físicas e jurídica com as quais o autuado celebrou os referidos contratos de arrendamento de veículos.

As empresas transportadoras são as seguintes: Expresso JS Ltda. (Ipatinga – MG), Reis Transportes e Mudanças Ltda. (localizado em Guarulhos – SP), Transporte Travisani Ltda. (situado em Iconha – ES), Transportes Tesba Ltda. (localizado em Tubarão – SC), Transportes - Douglas Heleno Machado P. de Barros (localizado em Belo Oriente – MG), Dani – Transporte Rodoviário de Cargas Ltda. (situado em Guarulhos – SP), Transjusti – Transp. Leves e Pesados (Rio de Janeiro), Fontanella Transportes (situado em João Pessoa – PB), Transportadora

Peregrina Ltda. (situado em Morro da Fumaça – SC), Braspress Transportes Urgentes Ltda. (localizado em Nova Friburgo – RJ), JBZ Cargas Ltda. (domiciliado em Espírito Santo) e Transcon Transportes Rodoviários Ltda. (situado em Jaboatão dos Guararapes – PE).

Saliento que também foram anexados, pelo preposto fiscal, alguns conhecimentos de transporte rodoviário de cargas emitidos pela empresa Carlos Henrique Duarte e Cia. Ltda., CNPJ nº 06.947.211/0001-12, localizada na Rua Judite, 450 – Canaã, na cidade de Ipatinga (fls. 99, 101, 105, 106, 109, 111, 112, 113, 114, 116, 121, 122, 124, 125, 127, 130, 131, 133, 134, 137, 139, 140, 142, 144, 146, 148, 160, 161, 162 e 164), cuja razão social guarda similaridade com a empresa Transporte Duarte Ltda., que consta como arrendante do veículo Scania/T113H4X2, ano 1997/1997, placa policial GUK-7391 à empresa autuada (fls. 253 e 254). Todavia, observo que o citado caminhão não é mencionado em nenhum dos conhecimentos rodoviários de carga relacionados no lançamento de ofício e, por conseguinte, não foi utilizado para transportar as mercadorias adquiridas pelo sujeito passivo e elencadas nesta autuação.

Além disso, foi anexado, às fls. 255 e 256, um contrato celebrado entre o contribuinte e o Sr. Carlos Henrique Duarte para o arrendamento do veículo Mercedes Benz, ano 2004/2004, placa policial GVQ-2187, enquanto que, na maioria dos conhecimentos de transporte emitidos pela empresa Carlos Henrique Duarte e Cia. Ltda., CNPJ nº 06.947.211/0001-12, foi consignado, como veículo transportador, o caminhão de placa policial GUH-2187, que não faz parte do contrato de arrendamento.

Nos poucos conhecimentos de transporte emitidos pela empresa Carlos Henrique Duarte e Cia. Ltda., CNPJ nº 06.947.211/0001-12, em que consta, como veículo transportador, o caminhão de placa policial GVQ-2187, considero que não deve ser acatado o contrato de locação trazido aos autos, tendo em vista que se trata de documento não embasado em provas de sua regular existência: os contratos de locação trazidos à análise possuem assinatura ilegível dos contratantes, não há o reconhecimento de firmas para a identificação dos celebrantes e, ademais, não foram anexadas provas do pagamento dos supostos valores mensais de aluguel.

Em consequência, concluo que o contribuinte deveria ter acrescido, à base de cálculo do ICMS devido por antecipação tributária (nas entradas), o valor do serviço de transporte prestado pelas transportadoras acima mencionadas, por se tratar de serviço de transporte interestadual prestado por terceiros.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298942.0605/15-0**, lavrado contra **FIACO CORES & CONSTRUÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$466.447,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas, “a”, “b” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2016.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR